

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

# ESTADO, SOCIEDADE *e Direito*

**Coordenação:**

LILIAN ROSE ROCHA LEMOS

PEDRO ALMEIDA COSTA

GABRIEL R. ROZENDO PINTO

LEANDRO SOARES NUNES

*Lilian Rose Rocha Lemos  
Pedro Almeida Costa  
Gabriel R. Rozendo Pinto  
Leandro Soares Nunes*

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

# ESTADO, SOCIEDADE E DIREITO

**Organizadores:**

Gabriel R. Rozendo Pinto  
Iago Farias Lora  
João Vitor S. Lopes  
Leandro Soares Nunes  
Naiara Ferreira Martins  
Rafael de Almeida Guimarães  
Rodrigo Gonçalves Ramos de Oliveira

**Brasília  
2017**

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB**

**Reitor**

Getúlio Américo Moreira Lopes

**INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD**

**Diretor**

João Herculino de Souza Lopes Filho

**Diretor Técnico**

Rafael Aragão Souza Lopes

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**Coordenadora**

Lilian Rose Rocha Lemos

**Projeto Gráfico**

André Luís César Ramos

**Diagramação**

Biblioteca Reitor João Herculino

**Capa**

UniCEUB/ACC

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito: Estado, sociedade e direito /  
[coordenadores], Lilian Rose Lemos Rocha... [et al.] ; organizadores –  
Gabriel R. Rozendo Pinto... [et al.]. – Brasília: UniCEUB : ICPD, 2017.  
683 p.

ISBN 978-85-61990-67-1

1. Direitos fundamentais. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 34:32

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. (61) 3966-1335 / 3966-1336

<b>PREFÁCIO .....</b>	<b>07</b>
<b>APRESENTAÇÃO .....</b>	<b>08</b>
<b>CRÍTICA À REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL .....</b>	<b>10</b>
<i>AILTON LUIZ GONÇALVES FEITOSA</i>	
<i>WINSTON LUIZ PRADO DE SOUSA</i>	
<b>COTAS RACIAIS NO SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL E A FALTA DE CRITÉRIO OBJETIVO DE AVALIAÇÃO .....</b>	<b>40</b>
<i>ALISSON DE SOUZA E SILVA</i>	
<i>FLÁVIA CRISTINA DA PAZ TENÓRIO</i>	
<b>A PROSTITUIÇÃO NO BRASIL E SUA REGULARIZAÇÃO .....</b>	<b>53</b>
<i>AMANDA CANCHERINI LEFONE</i>	
<i>HAYLEIGH TORRES</i>	
<b>O PAPEL SOCIAL DA MULHER E SUA PARTICIPAÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO BRASILEIRO .....</b>	<b>64</b>
<i>AMANDA CANCHERINI LEFONE</i>	
<b>O DISCURSO DE ÓDIO NA SOCIEDADE BRASILEIRA: LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO .....</b>	<b>82</b>
<i>ANA CARLA FRAZÃO VERGINI</i>	
<b>A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA COMO GARANTIA PROCESSUAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DO PORTADOR DE NEOPLASIA.....</b>	<b>100</b>
<i>ANNA CECÍLIA TIBÉRIO DE NOVAIS</i>	
<i>TATIANA DE OLIVEIRA DE LIMA</i>	
<b>INTERPRETAÇÃO JURÍDICA EM FACE AOS CONFLITOS ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DIREITOS A PERSONALIDADE ..</b>	<b>111</b>
<i>ANTONIO MARCOS DIAS PRATES</i>	
<b>COTAS RACIAIS NO CONTEXTO BRASILEIRO .....</b>	<b>125</b>
<i>ARMANDO FORTES PEIXOTO</i>	

**MULTICULTURALISMO: O DISCURSO DOS DIREITOS HUMANOS E A IMPOSIÇÃO CULTURAL OCIDENTAL..... 141**  
*BÁRBARA CAMARGO ALVES*

**ESTADO E DIREITO DO TRABALHO: OS LIMITES DA IGUALDADE JURÍDICA ..... 158**  
*BÁRBARA SILVA BRANDÃO*

**TRABALHO ESCRAVO E SUA EFETIVIDADE NO COMBATE ..... 184**  
*BRUNO DE QUEIROZ P. DE OLIVEIRA*

**LEGITIMIDADE A RECUSA DE TRANSFUSÃO DE SANGUE PELAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ ..... 195**  
*BRUNO PEREIRA DE MACEDO*

**CRIMES VIRTUAIS NAS REDES SOCIAIS ..... 214**  
*CAMILA DE OLIVEIRA FERREIRA SANTOS<sup>209</sup>*

**O CUMPRIMENTO ANTECIPADO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E O NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ... 236**  
*CHEILA MARIA PEREIRA NASCIMENTO<sup>232</sup>*

**O DEVER DE OBSERVÂNCIA EX OFFICIO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE: UM CONSECTÁRIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA ..... 262**  
*CLÁUDIO AUGUSTO CUNHA NASCIMENTO*

**O DIREITO A LIBERDADE DE EXPRESSÃO QUANTO AO VESTUÁRIO..... 286**  
*DIEGO DOS SANTOS VICENTINI RIBEIRO*

**LIBERDADE RELIGIOSA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM CAMINHO DE EVOLUÇÃO SOCIAL ..... 295**  
*ELBEM CESAR NOGUEIRA AMARAL JUNIOR*

**DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET ..... 310**  
*GIOVANNA CAPUCHO CAMPANA*

**A ESSÊNCIA DO COOPERATIVISMO E SEU PAPEL NA SOCIEDADE<sup>328</sup>**  
*GISLADY CARLA FREITAS MENDONÇA*

<b>EXCEÇÃO COMO REGRA: A IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO NA ANVISA NO ÂMBITO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1º REGIÃO .....</b>	<b>344</b>
<i>HUGO TEIXEIRA MONTEZUMA SALES</i>	

<b>DIREITOS HUMANOS À BRASILEIRA E A DISTÂNCIA ENTRE O DISCURSO E A PRÁTICA EM RELAÇÃO À DEFESA DAS VÍTIMAS DOS CRIMES .....</b>	<b>363</b>
<i>JAMES FRADE ARAÚJO</i>	

<b>REFORMA TRIBUTÁRIA: UMA MEDIDA NECESSÁRIA PARA RETORNAR AO CRESCIMENTO ECONÔMICO .....</b>	<b>388</b>
<i>JÉSSICA RICO GOVEIA</i>	

<b>CRIMINOLOGIA MIDIÁTICA E SEUS IMPACTOS SOCIAIS E PENAIS .....</b>	<b>408</b>
<i>JÉSSICA DA ROSA MAGALHÃES</i>	

<b>BITCOIN: A MOEDA VIRTUAL DISRUPTIVA .....</b>	<b>433</b>
<i>LAUANA BATISTA TAVARES</i>	

<b>O PAPEL DO ESTADO NA PROMOÇÃO DA IGUALDADE E DA LIBERDADE POR MEIO DE POLÍTICA DE EDUCAÇÃO PROFISSIONAL E TECNOLÓGICA: O CASO DO PRONATEC .....</b>	<b>447</b>
<i>LEILA DE MORAIS</i>	
<i>FELIPE SITÔNIO</i>	

<b>NEOCONSTITUCIONALISMO E POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.581 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....</b>	<b>483</b>
<i>LEILA DE MORAIS</i>	
<i>MARCELO GOMES</i>	

<b>MORTE COM DIGNIDADE .....</b>	<b>517</b>
<i>LEILIANE OLIVEIRA</i>	

<b>TESTAMENTO VITAL E O CONFRONTO ENTRE DIREITO À VIDA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM BUSCA DO DIREITO À MORTE DIGNA .....</b>	<b>534</b>
<i>LEONARDO DA SILVA CUNHA</i>	

**REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL COMO EFETIVAÇÃO DO CARÁTER  
RETRIBUTIVO DA PENA ..... 551**  
*LOURRAYNE GARCIA*

**DIREITO AO NOME DOS TRANSGÊNEROS E (IM)POSSIBILIDADE DE  
ALTERAÇÃO ..... 563**  
*LUIZ HUMBERTO VIEIRA GUIDO*  
*NAYARA DE JESUS TOLENTINO*

**APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL  
BRASILEIRO ..... 581**  
*MARIANA VALÉRIA NUNES LOGES*

**UNIÃO HOMOAFETIVA: O ATIVISMO JUDICIAL EM DEFESA DA  
DIGNIDADE HUMANA NO REGIME JURÍDICO PROTETOR DA FAMÍLIA,  
À LUZ DA ADPF N. 132/RJ (05/05/2011) ..... 597**  
*MAYANA COELHO MARTINS*

**INTERVENCIÓNISMO ESTATAL VS. LIBERDADES INDIVIDUAIS ..... 612**  
*PAULO VICTOR LIMA CARLOS*  
*CLAUDIA NASCIMENTO DE AMARAL*

**A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE  
E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FORNECEDORES DE SERVIÇOS  
VIRTUAIS DE HOSPEDAGEM DE CONTEÚDO, FRENTE AO MARCO  
CIVIL DA INTERNET, PELA DIVULGAÇÃO DE IMAGENS E VÍDEOS DE  
PESSOA MORTA ..... 629**  
*POR PIETRO PIMENTA*

**TRABALHO INFANTIL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA ..... 649**  
*RAFAEL DE LUCCA MASULLO*  
*JOÃO SOARES FRAGOSO NETO*

**QUESTÕES REFERENTES A ASSISTÊNCIA SOCIAL E A EFETIVIDADE  
DOS BENEFÍCIOS PREVISTOS NA LOAS ..... 666**  
*SHIRLEY ANDRADE DE OLIVEIRA CARVALHO*  
*TÂNIA CRISTINA MARTINS ARAÚJO*

## PREFÁCIO

Pioneirismo sempre foi uma característica do UniCEUB; outra característica é a evolução permanente. A Instituição sempre acompanhou a evolução tecnológica e pedagógica do ensino. Isso se coaduna com a filosofia institucional que é a de preparar o homem integral por meio da busca do conhecimento e da verdade, assegurando-lhe a compreensão adequada de si mesmo e de sua responsabilidade social e profissional. Destarte, a missão institucional é a de gerar, sistematizar e disseminar o conhecimento visando à formação de cidadãos reflexivos e empreendedores, comprometidos com o desenvolvimento socioeconômico sustentável.

E não poderia ser diferente. Com a expansão do conteúdo acadêmico que se transpassa do físico para o virtual, do local para o universal, do restrito para o difundido, isso porque o papel não é mais apenas uma substância constituída por elementos fibrosos de origem vegetal, os quais formam uma pasta que se faz secar sob a forma de folhas delgadas donde se cria, modifica, transforma letras em palavras; palavras em textos; textos em conhecimento, não! O papel se virtualiza, se desenvolve, agora, no infinito, rebuscado de informações. Assim, o UniCEUB acompanha essa evolução. É dessa forma que se desafia o leitor a compreender a atualidade, com a fonte que ora se entrega à leitura virtual, chamada de ebook.

Isso é resultado do esforço permanente, da incorporação da ciência desenvolvida no ambiente acadêmico, cujo resultado desperta emoção, um sentimento de beleza de que o conteúdo científico representa o diferencial profissional.

Portanto, convido-os a leitura desta obra, que reúne uma sucessão de artigos que são apresentados com grande presteza e maestria; com conteúdo forte e impactante; com sentimento e método, frutos da excelência acadêmica.

João Herculino de Souza Lopes Filho



# APRESENTAÇÃO

A multidisciplinaridade da disciplina “Estado, Sociedade e Direito” é palpável. O desafio de mostrar à comunidade acadêmica os frutos provenientes da disciplina desenvolvida no âmbito da Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público do UniCEUB é latente.

Precisamos demonstrar que o enfoque do Direito na era Pós Positivista não é apenas jurídico. Pelo contrário, se relaciona de forma até mesmo simbiótica com outras ciências, em especial as sociais, e tem um papel fundamental no desenvolvimento e aprimoramento da sociedade como um todo.

Ao tratarmos de uma sociedade tão complexa e plural faz-se necessário a mudança de paradigma com relação ao papel do Direito. Bem verdade que, nesse cenário de mudança, o direito ainda exerce o mesmo papel que sempre exerceu, tendo em sua positivação, suas fontes primárias. Porém, essa nova relação social que surge com o já citado pós-positivismo demonstra uma preocupação da ciência jurídica em se expandir e a lidar com as fontes secundárias (jurisprudência e doutrina) de forma diferente.

Assim uns dos maiores desafios do Direito continua sendo a necessidade de se conciliar vontade de maioria e direito das minorias. Unidade e pluralidade, harmonia e tensão. Nesse sentido, percebemos que os artigos dos alunos aqui apresentados tiveram temáticas que abordaram tanto o aspecto propriamente jurídico dos pontos relevantes, como também preocupações sociais.

Corroborando com a nova forma de se ver o direito os artigos tratam de temas polêmicos que envolvem o cotidiano do Sistema Jurídico Brasileiro e suas relações com a Sociedade, bem como com o poder político-legislativo

representado pelo Estado. São artigos críticos, sugestivos, reflexivos e que trazem à baila questões de interesse individual e coletivo.

A intenção dos discentes não é esgotar o debate a respeito dos temas, mas apenas convidar o leitor à reflexão de que os sistemas jurídicos ocidentais sofreram uma substancial mudança a partir do novo paradigma social advindo do momento pós Segunda Guerra Mundial, onde a ética, os princípios, os valores e as crenças permeiam o exercício hermenêutico contemporâneo.

Por fim, temos aqui discussões a respeito do pensamento acerca de direitos fundamentais tema muito trabalhado em sala de aula. As reflexões partem de debates plurais que os discentes têm com o professor e entre eles mesmos além de opiniões das mais diferentes, oxigenando o pensamento e trazendo à tona diversas posições de mundo.

Pedro Almeida Costa

# CRÍTICA À REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL AS VERDADES POR TRÁS DO DISCURSO DE INVOLUÇÃO DE UM DIREITO PENAL MÁXIMO

Ailton Luiz Gonçalves Feitosa<sup>1</sup>  
Winston Luiz Prado de Sousa<sup>2</sup>

## RESUMO

Este artigo apresenta uma visão crítica acerca da questão da redução da maioridade penal, abordando as implicações sociais e jurídicas dessa medida. Discute a evolução da legislação brasileira atinente à problemática do menor, bem como os paradigmas penais vigentes em cada época. Aduz uma reflexão sobre políticas públicas e criminalidade, destacando estratégias alternativas ao Direito Penal, com vistas ao enfrentamento da violência urbana. Opõe questionamentos aos posicionamentos favoráveis à redução da maioridade penal e nega argumentos como: diminuição da impunidade; ressocialização efetiva; cumprimento de pena em estabelecimentos prisionais específicos; efetividade do exame pericial para descon sideração da inimputabilidade; diminuição da violência; e aumento da segurança. Conclui que, ao invés de se promover a redução da maioridade penal, devem ser realizadas medidas de efetivação de políticas públicas de segurança.

**Palavras-chave:** Redução da maioridade penal. Criminologia crítica. Violência urbana.

## ABSTRACT

This article presents a critical view on the issue of reducing the minimum penal age, addressing the social and legal implications of that proposal. It discusses the evolution of Brazilian legislation regarding children and adolescents, as well as the penal paradigms adopted in each era. It presents a reflection on public policies and crime, highlighting alternative strategies to the Criminal Law, in order to reduce the urban violence. Opposes questions to some arguments favorable to the reduction of the criminal majority and denies arguments such as: reduction of impunity; Effective resocialization; Availability of facilities designed specifically for adolescents; Effectiveness of the psychosocial evaluation for setting minimum age in each case; Decrease in violence; And safety increase. It concludes that, instead of promoting the

---

<sup>1</sup> Doutor em Ciência da Informação. Advogado. Pós-graduando *lato sensu* em Direito e Prática Processual nos Tribunais, no Centro Universitário de Brasília - UniCEUB/ICPD.

<sup>2</sup> Advogado. Pós-graduando *lato sensu* em Direito Penal e Controle Social, no Centro Universitário de Brasília - UniCEUB/ICPD.

reduction of the criminal age, actions must be taken to implement public security policies.

**Keywords:** Minimum penal age. Critical Criminology. Urban violence.

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal consagra, em seu artigo 227, que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, diversas garantias para o seu desenvolvimento, garantias essas que aparentemente têm sido ignoradas pelos projetos de emendas constitucionais que visam à redução da maioridade penal. Tais propostas são fruto de um clamor da sociedade e daqueles que a representam, que adotam um direito penal como *prima ratio*, quando na verdade deveria ser o contrário, conforme a própria razão de *ser* do ramo.

Entre os diferentes projetos que tramitam no Congresso Nacional, em prol da redução, destacam-se a PEC 171/1993, já aprovada em segundo turno na Câmara dos Deputados e encaminhada ao Senado Federal, e a PEC 33/2012, proposta por esta última casa de leis. O primeiro projeto propõe a redução da idade penal para 16 anos, independentemente do caso concreto, com atribuição de imputabilidade irrestrita, para qualquer infrator a partir dessa idade, em situações de crimes específicos. O segundo, propõe a desconsideração da inimputabilidade, conforme o caso concreto, também em ocorrência de crimes específicos, outorgando ao magistrado o poder de decisão sobre a capacidade de imputabilidade do agente, desde que tal decisão seja apoiada por uma perícia psicológica.

Por meio da crítica é que desconstruímos os dogmas que nos levam a uma interpretação errônea da realidade social. Não seria diferente, no tema redução da maioridade penal, que implica intimamente uma das áreas mais sensíveis da sociedade, a área do Direito Penal. Esta se caracteriza, mediante as suas verdades políticas, como um direito que salvaguarda o corpo social, igualitário, justo e ressocializador. Entretanto, tal caracterização constitui um

discurso que, na prática, se contradiz. Assim, os motivos dessa contradição apenas podem ser desvelados por meio de uma crítica ideológica ou científica.

Como instrumento possível para levar a termo o exercício dessa crítica, é importante pautarmos uma reflexão sobre as seguintes problemáticas: leis são editadas "com base na necessidade de proteção a um bem jurídico determinado, ou com base em pressões sociais, ideológicas ou midiáticas"<sup>3</sup>? Em que medida os adolescentes são responsáveis pela violência? Em que medida a redução da maioridade penal contribui efetivamente para a segurança social? Os adolescentes em conflito com a lei estão, de fato, impunes? E se estiverem, tal impunidade é motivada pela inimputabilidade penal?

## 2 PARADIGMAS DO TRATAMENTO PENAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

Desde o nascimento dos códigos penais da corte, no século XIX, até aproximadamente 1923, os menores com idade entre 7 e 18 anos, para efeitos penais, eram tratados de maneira praticamente igual aos adultos. Essa fase é caracterizada como *paradigma do tratamento penal indiferenciado*. Pertencem a esse período os códigos penais de 1830 e 1890. Em ambos, uma vez comprovado que o menor tivesse agido com "discernimento", ele era considerado culpado e cumpria a sua pena encarcerado, em conjunto com adultos. A única diferença entre adultos e adolescentes, é que a pena destes era reduzida de 1/3, por causa da sua idade. Menores de 7 anos eram considerados inimputáveis.<sup>4</sup>

A partir de 1923, com a criação do primeiro Juízo de Menores e, poucos anos depois, com a promulgação do Código de Menores, em 1927, inicia-se o período designado como *paradigma tutelar*. Nessa fase, nasce a preocupação com a prevenção da delinquência. Essa norma, de visível conteúdo correcional,

---

<sup>3</sup> BUSATO, Paulo César. *Ler Beccaria hoje*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 219-220.

<sup>4</sup> MARINHO, Fernanda C. *Jovens egressos do sistema socioeducativo: desafios à ressocialização*. 2013. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Psicologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2013. p. 19.

era dirigida a crianças e adolescentes pobres ou envolvidos em delitos.<sup>5</sup> Surgem, a partir desse período, instituições conhecidas como educandários, patronatos, ou reformatórios, nas quais os menores eram internados, com o objetivo de se prevenir desvios e se promover a educação, por meio da disciplina e do treinamento militar. Entretanto, problemas como superlotação, violência e falta de recursos levavam ao insucesso no cumprimento desses objetivos.<sup>6</sup>

Já em 1979, com a aprovação de novo Código de Menores, consagra-se o *paradigma da situação irregular*, expresso no art. 2º daquela lei (6.697/79). A lei buscava uma modernização no tratamento à criança e ao adolescente, por meio da institucionalização da Política Nacional do Bem-Estar do Menor, mas continuou com o uso de estigmas, como "menores" ou "delinquentes em potencial". No discurso, a política proibia castigos físicos e propunha atendimento diferenciado às crianças e aos adolescentes considerados em "situação irregular". Por outro lado, no entanto, aplicava o mesmo modelo repressivo das instituições anteriores, padecendo dos mesmos problemas de superlotação e carência de recursos.<sup>7</sup>

Desde a redemocratização do Brasil, que culminou com a promulgação da CF/88, diversos movimentos sociais passaram a questionar duramente os institutos do Código de Menores, especialmente a internação de jovens motivada pela sua condição de pobreza. Pela primeira vez na história, o Brasil destaca a criança e o adolescente como sujeitos de direitos fundamentais (CF/88, art. 227) e esse contexto motiva a aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, marcando o início de um novo paradigma penal: o

<sup>5</sup> ALENCAR, Vitor S. *Sistema brasileiro de responsabilização de adolescentes: possibilidades restaurativas*. 2013. (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013. p. 20.

<sup>6</sup> MARINHO, Fernanda C. *Jovens egressos do sistema socioeducativo: desafios à ressocialização*. 2013. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Instituto de Psicologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2013. p. 23.

<sup>7</sup> MARINHO, Fernanda C. *Jovens egressos do sistema socioeducativo: desafios à ressocialização*. 2013. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Instituto de Psicologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2013. p. 25 e ALENCAR, Vitor S. *Sistema brasileiro de responsabilização de adolescentes: possibilidades restaurativas*. 2013. (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013. p. 21.

*paradigma da proteção integral*. A lei, em consonância com diretrizes e normas internacionais das quais o país é signatário, passa a dispor quanto à proteção não apenas sobre os direitos dos menores em risco de "potencial delinquência", como o faziam os paradigmas anteriores, mas enfatiza a infância e a juventude como um todo, independentemente da condição econômica.<sup>8</sup>

Cabe destacar-se que essa visão mais abrangente, positivada no ECA, harmoniza-se com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Infância, documento da Organização das Nações Unidas, do qual o Brasil é signatário, e que foi estruturado segundo quatro eixos fundamentais: não discriminação; interesse superior; direito à vida, sobrevivência e desenvolvimento; e direito de participação.<sup>9</sup>

Nesse paradigma, que se tornou referência para diversos países, entre outras medidas, a lei proíbe a internação cautelar, institui outras formas de punição para além da internação e, é importante frisar, redefine responsabilizações para crianças e adolescentes que eventualmente entrem em conflito com a lei. Dito de outro modo: a lei não garante a impunidade de infratores. Ao contrário, estabelece punições e normatiza as formas de seu cumprimento.

### 3 A CRIANÇA, O ADOLESCENTE E A VIOLÊNCIA

A violência urbana é objeto de debate contínuo entre brasileiros, seja no contexto acadêmico, político, policial, jurídico ou até em rodas de conversa informais. O país ocupa, recorrentemente, os primeiros lugares no *ranking* das nações com os maiores índices de violência e criminalidade e encontra-se imerso em um ambiente cultural que enaltece práticas violentas, incluindo roubos, homicídios, conflitos armados, entre outras. Nossos indicadores de

<sup>8</sup> MARINHO, Fernanda C. *Jovens egressos do sistema socioeducativo: desafios à ressocialização*. 2013. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Psicologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2013. p. 28.

<sup>9</sup> ALENCAR, Vitor S. *Sistema brasileiro de responsabilização de adolescentes: possibilidades restaurativas*. 2013. (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013. p. 22.

mortes por armas de fogo, por exemplo, são equivalentes ou superiores aos índices de países que vivem em situação de guerra ou de conflito civil armado.

Mas essa violência social não é um fenômeno de fácil compreensão e explicação. Não é possível explicá-la isolada dos indivíduos, dos seus temperamentos, dos hábitos de consumo de álcool e drogas, da pobreza, dos valores éticos e morais, do contexto social e das associações diferenciais. A violência generalizada é amplificada pela tradição da impunidade, da morosidade do poder judiciário, do despreparo policial, da estrutura arquitetônica urbana, entre outros fatores.<sup>10</sup>

Não é diferente, quando se tenta compreendê-la como fenômeno prevalente entre crianças e jovens que vivem nos grandes centros urbanos. Por exemplo, além dos fatores sociais já mencionados, teorias da psicologia social sugerem que as experiências de aprendizagem e socialização dos indivíduos controlam diretamente o seu comportamento. Nessa esteira, criminologistas estão atentos a casos em que as crianças aprendem a cometer o crime por meio da interação com criminosos e por meio da modelagem do seu próprio comportamento. Aprendem a cometer crimes por meio de um mecanismo psicológico similar ao que utilizariam para aprender a dirigir um automóvel, por exemplo. Ainda, segundo essa corrente, crianças nessa situação, quando percebem que serão admiradas por atitudes criminosas, tenderão a cometer mais e mais crimes, inclusive agravando-os, paulatinamente.<sup>11</sup>

Em suma, a aprendizagem desse comportamento se dá como em qualquer outro caso: aprende-se numa interação entre pessoas que se comunicam. Quanto mais íntima for essa comunicação, mais se aprende. Aprende-se, também, compreendendo técnicas complexas e simples acerca do comportamento, conforme as definições favoráveis e desfavoráveis para a prática de tal comportamento. Assim, é possível que o sujeito passe a ser criminoso quando existirem mais definições favoráveis ao descumprimento de

---

<sup>10</sup> WAISELFISZ, J. J. *Mapa da Violência 2015: mortes matadas por armas de fogo*. Brasília: Presidência da República, 2015. p. 9.

<sup>11</sup> SIEGEL, L. J. *Criminology: theories, patterns, and typologies*. 10. ed. Belmont, CA, EUA: Wadsworth Cengage Learning. 2010. p. 10.



lei do que definições favoráveis ao cumprimento. O aprendizado depende, também, da frequência e da intensidade dos contatos. Como mencionado, trata-se de um processo de aprendizagem como outro qualquer; que também exprime valores. Ou seja, o grupo, o contexto social e os contatos da criança e do adolescente influenciam diretamente em seu comportamento, seja um comportamento criminoso, ou não.

Devido a todos esses tipos de fatores, tem crescido o número de crianças e jovens em conflito com a lei. As consequências imediatas desse crescimento são preocupantes. Em comparação com o contexto internacional, o Brasil é um dos países que mais matam adolescentes, contrastando com nações como Dinamarca, Escócia, Suíça, Japão, Reino Unido e Bélgica. Parece haver um quadro de indiferença total da sociedade brasileira para com essa situação quase epidemiológica, que deveria, na verdade, ser tratada como uma calamidade social e não apenas como um problema individual daquela pessoa que se coloca em conflito com a lei. Há regiões brasileiras em que mortes por homicídio, nessa faixa etária, vêm aumentando drasticamente.<sup>12</sup>

Outra questão muito importante deve ser pontuada na busca da explicação desse problema. Analisar o contexto da violência manifestada por crianças e adolescentes focalizando unicamente o sofrimento das vítimas e cuidando de rotular aquele cidadão infrator apenas como mais um "marginalzinho"<sup>13</sup>, parece uma abordagem bastante enviesada do contexto. Aliás, o próprio rótulo já enuncia, em sua etimologia, que o problema é social e não apenas uma questão de índole do indivíduo, afinal, marginal é aquele que se colocou, ou que foi colocado à margem, pelo etiquetamento da sociedade, que é feito antes mesmo da ação das instâncias oficiais de controle<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> WASELFISZ, J. J. *Mapa da Violência 2015: adolescentes de 16 e 17 anos no Brasil*. Rio de Janeiro: FLACSO, 2015. p. 68.

<sup>13</sup> FARIA, Tiago. Rachel Sheherazade, do SBT, defende grupo que amarrou homem nu em poste e provoca polêmica. *Veja São Paulo*, São Paulo, 5 fev. 2014. Disponível em: <<http://vejasp.abril.com.br/blogs/pop/2014/02/05/rachel-sheherazade-sbt-comentario-a-favor-grupo-amarrou-homem-nu-poste-polemica/>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

<sup>14</sup> Polícia, Ministério Público, Judiciário e Estabelecimento Prisional.

Parece haver, no entanto, um alento para essa situação de apartamento de crianças e adolescentes. Estudos têm mostrado que as mortes naturais (não decorrentes de conflitos) de adolescentes entre 16 e 17 anos vêm caindo, nas últimas décadas, e que esse fenômeno tem sido motivado pela disponibilidade de políticas públicas de melhoria de vida, de saúde e de saneamento básico que estão assistindo mais efetivamente às comunidades carentes.<sup>15</sup> Mas ainda há muito a avançar.

Apesar desse alento, nesse contexto caótico, um outro ponto importante a ser esclarecido sobre o tema é o número de atos infracionais cometidos por adolescentes. Em âmbito internacional, o percentual dessas infrações varia entre 5 a 10%, referindo-se, em geral, a crimes de menor potencialidade.<sup>16</sup> No Brasil, segundo Flávia Piosevan<sup>17</sup>, os atos criminosos cometidos por adolescentes representam um percentual ainda menor: apenas 4% do total dos crimes e menos de 1% dos homicídios. Esses dados contrastam com o sentimento social de medo das crianças e adolescentes em conflito com a lei. Ora, esse sentimento de violação social pode ocorrer por diversos fatores, não necessariamente pelo real aumento da criminalidade praticada por esses sujeitos. A sensação de violência pode ser motivada pelo desemprego, pelo processo tecnológico e, principalmente, pelas predisposições da mídia, responsável por incitar uma justiça teatral, que beira a defesa da autotutela. Segundo Hassemer, a real criminalidade e violência não constituem fato decisivo para a política de segurança pública, mas sim a percepção de tal ameaça pela coletividade<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> WAISELFISZ, J. J. *Mapa da Violência 2015: adolescentes de 16 e 17 anos no Brasil*. Rio de Janeiro: FLACSO, 2015. p. 68.

<sup>16</sup> FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. *Legal minimum ages and the realization of adolescents' rights: a review of the situation in Latin America and the Caribbean*. 2016. Disponível em: <<https://www.unicef.org>> p. 50.

<sup>17</sup> BRASIL. Senado Federal. *Especialistas: redução da maioridade penal é inconstitucional e não resolve violência*. Disponível em <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/11/especialistas-reducao-da-maioridade-penal-e-inconstitucional-e-nao-resolve-violencia>> Acesso em: 15 dez. 2016.

<sup>18</sup> WINFRIED Hassemer. Segurança Pública no Estado de Direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 5. 1993. p. 63.

Portanto, aparentemente, na percepção da sociedade, crianças e adolescentes em conflito com a lei é que são a causa de diversas sensações de insegurança, impunidade e outras. Entretanto, o que realmente causa esses sintomas pode nem ser a criminalidade em si, mas, provavelmente, a forma como ela é noticiada pela mídia, que faz uma incrível jornada moral contra quem está em conflito com a lei, às vezes de maneira equivocada.

Então, a mensagem transmitida parece que não corrobora a realidade, já que, conforme mencionado anteriormente, apenas 4% dos crimes (melhor dizendo, para adotarmos um termo legalmente correto: atos infracionais) são praticados por crianças e adolescentes. Há um grande contraste entre o que é noticiado e o que ocorre na realidade. E é essa impressão ideológica veiculada pela mídia que causa indignação social contra crianças e adolescentes que estejam à margem da lei.

Dessa forma, pelos números, não há motivos para tratar a criminalidade infanto-juvenil, que é exceção, como a criminalidade adulta, que é a regra do sistema penal atual, pois o percentual não indica a mesma realidade.

Quando o legislador cria uma proposta como a da redução da maioridade penal, parece desprezar o contexto histórico dos paradigmas penais e mover-se por paixões, ou pelo produto do acaso e do momento. Parece que, na sua atividade legiferante, desvincula-se de agir como um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido dirigir todas as ações da sociedade com este único fim: todo o bem-estar possível para a maioria.

#### **4 POLÍTICAS PÚBLICAS E A PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA E DA CRIMINALIDADE**

A crise da segurança pública suscita a necessidade de se desenvolverem novas estratégias quanto ao enfrentamento da violência urbana, para além do sistema de Justiça Criminal. Medidas estritamente repressivas e implementadas de maneira isolada, pela Polícia, Judiciário ou pelo Sistema Prisional,

apresentam resultados ineficazes quanto a inibir o crescimento da criminalidade, tanto no Brasil como em outros países.<sup>19</sup>

É curioso como, 252 anos depois, ainda continua tão atual o pensamento de Cesare Beccaria. Uma das reflexões externadas em sua primorosa obra *Dos Delitos e das Penas*, é a necessidade de justificar o porquê e o para que se pune com a mais grave *ratio*, o Direito Penal. É importante ressaltar para a sociedade que a pena não tem a finalidade de desfazer o delito, nem mesmo fazer o infrator sofrer demasiadamente. Essa visão utilitária e ressocializadora, dá lugar hoje a uma função de neutralização e inocuidade do infrator, com base a justificar a segurança da sociedade (ideologia da defesa social), talvez pela impossibilidade material de fazê-la um instrumento de ressocialização.

Ao teor da segurança social, a população, diante dos seus medos, vem colocando o sistema penal em situações em que não deveria, emprestando ênfase ao confronto entre os fundamentos do direito de punir, as finalidades da punição e os propósitos de segurança. São exemplos dessa orientação, políticas de "tolerância zero", políticas de neutralização e a política da redução da maioria penal, esta última, o objeto de análise neste artigo.

Nesse sentido, a adoção de modelo tradicional de segurança, que enfatiza o controle repressivo, necessita ser substituída por um modelo interdisciplinar, de modo que a segurança deixe de ser competência exclusiva das políticas criminais, para converter-se em tema transversal, pertinente ao conjunto das políticas públicas. Tais políticas públicas devem incorporar iniciativas de diversas áreas e atores sociais, como: educação, saúde, habitação, emprego, cultura, esporte e turismo, e programas sociais do governo.<sup>20</sup>

A segurança pública, sob esse ponto de vista, passa a ser tratada de forma ampla, ao passo que a prevenção da criminalidade ganha um contorno

---

<sup>19</sup> INSTITUTO LATINO-AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE. *Das políticas de segurança pública às políticas públicas de segurança*. São Paulo: ILANUD, 2002. p. 5.

<sup>20</sup> INSTITUTO LATINO-AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE. *Das políticas de segurança pública às políticas públicas de segurança*. São Paulo: ILANUD, 2002. p. 5.

secundário, passando a ser vista como uma das áreas de interdisciplinaridade. Nessa abordagem, não se trata apenas de enfrentar o crime e a violência, mas, sobretudo, de lidar com o fenômeno da insegurança.<sup>21</sup>

Em contrapartida, o modelo tradicional, bastante arraigado na sociedade brasileira, fundado nas teorias clássica e neoclássica de prevenção do delito, reduz o enfrentamento da violência e da criminalidade exclusivamente ao enfoque jurídico penal. Nesse modelo, persiste a crença de que o agravamento das penas ou a adoção de novas penas mais severas será capaz de prevenir ou de reduzir a violência.<sup>22</sup> Ora, e não é essa a crença daqueles que defendem a redução da maioridade penal? Penas mais duras, acreditam, coibirão a criminalidade infanto-juvenil.

Com efeito, esse modelo perdura em nossa sociedade devido a um conjunto de pressões sociais, muitas delas capitaneadas pelos órgãos de imprensa, no sentido de se trazer mais segurança à nação, por meio do aumento de punições; restrição de garantias constitucionais; aumento do efetivo policial; equipagem da polícia com viaturas e armamentos; construção de novas prisões, entre outras medidas. Tais pressões são deflagradas com a equivocada expectativa de que se possa "lutar" contra a violência. Mas, nessa visão míope, não se pode enxergar as saídas necessárias e disponíveis para se enfrentar os problemas sociais e reduzir a insegurança.<sup>23</sup>

Por certo, a mudança de orientação, retirando-se o foco da punição ao crime e passando-se a investir esforços na prevenção dos delitos, não apenas é necessária, como de difícil implantação efetiva. O combate à violência liga-se

---

<sup>21</sup> INSTITUTO LATINO-AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE. *Das políticas de segurança pública às políticas públicas de segurança*. São Paulo: ILANUD, 2002. p. 6.

<sup>22</sup> INSTITUTO LATINO-AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE. *Das políticas de segurança pública às políticas públicas de segurança*. São Paulo: ILANUD, 2002. p. 78.

<sup>23</sup> INSTITUTO LATINO-AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE. *Das políticas de segurança pública às políticas públicas de segurança*. São Paulo: ILANUD, 2002. p. 78.

intimamente à integração dos diferentes atores sociais, incluindo, por óbvio, o Estado, mas não se limitando às suas restrições e dificuldades.<sup>24</sup>

## 5 AS POLÍTICAS CRIMINAIS E O PARADIGMA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Em fins do século XIX e início do século XX, Émile Durkheim<sup>25</sup> ganhou visibilidade pelos seus estudos em sociologia. Na sua visão de positivista social, o crime faz parte da natureza humana. Isto é, o crime é um fenômeno normal, pois é impossível imaginar uma sociedade em que o comportamento criminoso esteja ausente. Para Durkheim, a delinquência é uma constante em qualquer sociedade e em qualquer momento da história, por isso é considerado um comportamento de normalidade, presente em todos os estratos sociais. Com o crescimento da sociedade é comum o aumento na taxa de criminalidade, portanto, “uma determinada quantidade de crimes forma parte integrante de toda sociedade sã, e uma sociedade sem condutas irregulares seria uma sociedade pouco desenvolvida, monolítica, imóvel e primitiva”<sup>26</sup>.

A despeito do pensamento de Durkheim, embora convivendo com o crime, a sociedade deve buscar meios para o seu enfrentamento. Entre eles, a lei penal. No contexto das nossas crianças e adolescentes, entretanto, os atos infracionais não devem ser punidos como crime, à luz do Código Penal. A atual punição aos jovens infratores, realizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, visa não estigmatizar quem está em conflito com a lei com a imagem de “criminoso”. Pelo contrário, a finalidade da norma é justamente afastar essa rotulação. Aqui, o procedimento clássico sob a lei criminal é modificado, para que o estigma de crime não recaia sobre os condenados.

<sup>24</sup> INSTITUTO LATINO-AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE. *Das políticas de segurança pública às políticas públicas de segurança*. São Paulo: ILANUD, 2002. p. 78.

<sup>25</sup> Durkheim (1858-1917) foi o primeiro a apresentar o conceito de anomia, que significa a ausência de regras, “a perda de efetividade ou desmoronamento das normas e valores vigentes em uma sociedade, precisamente como consequência do rápido e acelerado desenvolvimento econômico da mesma e de suas profundas alterações sociais que debilitam a consciência coletiva”. MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 350-351.

<sup>26</sup> MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 350.

O motivo dessa modificação demonstra a falha do Direito Penal de atingir uma de suas finalidades propostas, qual seja, a ressocialização do indivíduo. Quando o estigma de criminoso é imposto a alguém pelas instâncias oficiais (polícia, judiciário, estabelecimento prisional) e até mesmo pela sociedade, o indivíduo adquire uma identidade criminosa, da qual é quase impossível ser desvinculado.

Seria o mesmo que colocar um rótulo visível em uma pessoa para que todos saibam o que ela fez. Dessa forma, o indivíduo nunca sai do meio infrator. Ele acaba por assumir, assim, uma nova identidade: a identidade criminosa.

O que propõe o paradigma da proteção integral, paradigma adotado pelo ECA, quanto à criança ou ao adolescente em conflito com a lei, é justamente retirar esse estigma, fazendo com que esses cidadãos tenham mais possibilidades de ter uma ampla proteção, por meio do Estado e da sociedade, bem como uma maior possibilidade de integração social, mesmo após o cometimento de um ato infracional.

Num modelo diametralmente oposto, a redução da maioridade penal vai de encontro a toda a criação do sistema, pois com ela o estigma de criminoso é imposto a quem não deveria. Flagra-se, assim, uma ofensa à proteção em nível constitucional conferida a esses adolescentes.

Dessa forma, a população, por meio de seu anseio de redução da maioridade penal, está envolvendo em seu pensamento penal e social, remontando aos ideais antigos do direito penal não humanitário. O muro que divide uma sociedade foi derrubado, mas o mundo ainda está dividido. As esferas de tensão viram esferas de sítio e, assim, tendem a relativizar a proteção integral e outras garantias.

Diante disso, é necessário repensar o direito penal e alguns dogmas da sociedade. Segundo os seus princípios, a eficácia da pena não pode ser medida pelos fracassos. Do mesmo modo, a suposta falha no controle de crianças e adolescentes não pode ser sanada com outra proposta mal-sucedida. Há outras formas de controle social e política criminal.

O Direito, na visão de alguns autores, visa a concretização de certos fins e, por isso, detém uma missão política que inclui a tutela das condições de vida da sociedade, a finalidade de combater o crime, a preservação dos interesses do indivíduo ou do corpo social. Entretanto, tal missão não deve ser acatada sem oposição. Até mesmo o Direito nazista, para citar um exemplo, defendia esses fins.

Segundo Nilo Batista, o Direito penal entra realmente em ação muito tarde. Batista argumenta que o Estado primeiro inventa o crime. Somente muito depois é que o combate. E o mais grave, esse combate se reduz ao crime acontecido e registrado. Vários sistemas foram criados sem a mínima atuação preventiva, tendo um efeito precário: o efeito intimidador da pena. Como pode, assim, o Direito penal defender os interesses do corpo social, se a sociedade é estratificada em conjuntos de atores diversos, que possuem interesses diferentes?

Nessa crítica, é importante atentar-se para o fato de que, antes de pensar que o Direito Penal é a solução para a violência, há alternativas para a sociedade lidar com o tema, alternativas essas que surgem antes do momento crime ou do ato infracional. Note-se que, depois de ocorrido o fato, a situação é irreversível. Valem, portanto, os ensinamentos das propostas de Alessandro Baratta para uma política criminal que antevê a situação-crime e que demonstra, com ênfase, a existência de outros caminhos possíveis. Nessa mesma esteira, para o enfrentamento da violência advinda de adolescentes, deve ser estudado um outro e amplo conjunto de medidas diversas da proposta de redução da maioridade penal.

Como se vê, políticas públicas de controle da criminalidade implicam esforços de muitos atores e setores da sociedade. Nesse contexto, as políticas de segurança não se podem pautar por teorias ultrapassadas, mas devem orientar-se por pressupostos realistas, entre os quais vale a pena enumerar:<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> SILVA, Jorge da. *Controle da criminalidade e segurança pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 51.



a) o crime e a violência são fatores sociopolíticos inerentes à humanidade, isto é, são fenômenos normais que ocorrem em qualquer sociedade;

b) há alguns fatores condicionantes da criminalidade, como desemprego, desigualdade, concentração de renda, discriminação, entre outros. Se esses e outros fatores que influem diretamente sobre a criminalidade não forem enfrentados de modo assertivo, por mais que a polícia esteja aparelhada, que conte com grande número de agentes, por mais que os sistemas criminal e jurídico atuem de modo acertado, não será possível enfrentar a criminalidade com a efetividade requerida;

c) é possível conciliar o respeito aos direitos humanos com a necessidade de aplicação de punições, desde que se atente para a não discriminação social, penal ou étnica;

d) o aumento da democracia, de consciência política e de cidadania transformam de tal modo a sociedade, que haverá, sempre, uma tendência de reagir contra as arbitrariedades da polícia, até mesmo respondendo à violência com violência;

e) um sistema de justiça e segurança somente será eficaz, se operar para o atingimento dos fins democráticos estabelecidos por meio de políticas públicas;

f) o sistema de justiça e segurança pública possui um viés ideológico que consagra a injustiça e a desigualdade penal. Caso esses valores e ideologia não sejam mudados, o sistema apenas aprofundará a injustiça e o descontrole.

No mesmo sentido, enquanto o poder público pensar a segurança pública como uma equação que envolve apenas três variáveis, a saber, a lei penal, o braço armado do Estado e o criminoso, não haverá como se iniciar as mudanças necessárias. É preciso introduzir nessa discussão, a mediação, a vítima, a comunidade, o desenvolvimento comunitário, entre outras variáveis

sociopolíticas que interferem diretamente sobre o controle e a prevenção da criminalidade.<sup>28</sup>

Vale a pena, então, a reflexão sobre a necessidade de se desconstruir o paradigma penalista e o paradigma militarista, de modo que se possa confluír para um sistema de prevenção. Com essa abordagem, pensar em segurança é pensar nos problemas da comunidade e do governo e nas maneiras de resolvê-los. Pensar em atividade policial é pensar em prevenção. Pensar em conflitos nos espaços públicos é pensar em mediação. Pensar na comunidade, é enxergar não apenas os criminosos, como, também, as vítimas. Pensar em abordagem, é valorizar a aprendizagem, a mediação, o ensino reflexivo.<sup>29</sup>

Observa-se, então, que uma política criminal não se reflete mais somente no âmbito do sistema penal. Numa visão atual, a política criminal "orienta-se no sentido de contrair ao máximo o sistema punitivo do Estado, dele afastando todas as condutas antissociais que podem ser reprimidas e controladas sem o emprego de sanções criminais"<sup>30</sup>. Nesse caso, condutas praticadas por crianças e adolescentes que estejam em conflito com a lei, podem ser controladas sem o emprego da lei criminal. Podem e devem ser controladas pelo próprio ECA, sem a necessidade das medidas instituídas no Código Penal. Dito de outro modo: basta que se sejam concretizadas as medidas previstas no ECA. Basta que se passem esses institutos do plano abstrato para o concreto.

Em uma visão atualizada, a política criminal abrange o "conjunto dos procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal"<sup>31</sup>, incluindo-se as teorias e práticas atinentes às diferentes formas de

<sup>28</sup> SILVA, Jorge da. Direitos humanos vs. lei e ordem: desconstruindo paradigmas de políticas públicas no Rio de Janeiro. In: CONGRESSO LUSO-AFRO-BRASILEIRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS, 8, 2004, Coimbra. *Anais...* Coimbra: CES, 2004. p. 18. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/lab2004/inscricao/pdfs/painel56/JorgedaSilva.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

<sup>29</sup> SILVA, Jorge da. Direitos humanos vs. lei e ordem: desconstruindo paradigmas de políticas públicas no Rio de Janeiro. In: CONGRESSO LUSO-AFRO-BRASILEIRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS, 8, 2004, Coimbra. *Anais...* Coimbra: CES, 2004. p. 19-20. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/lab2004/inscricao/pdfs/painel56/JorgedaSilva.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

<sup>30</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 35. Lições, p. 17.

<sup>31</sup> DELMAS-MARTY, M. *Os grandes sistemas de política criminal*. Barueri, SP: Manole, 2004. p. 3.

controle criminal. Entre essas formas estão, por exemplo: práticas não-penais (sanções administrativas), práticas não-repressivas (prevenção, reparação, mediação) e, até, práticas não-estatais (atuação da Anistia Internacional). Nessa mesma direção, há pelo menos trinta anos, representantes de movimentos filosóficos e sociais têm se manifestado, no sentido de se abolir a pena, em certas situações.<sup>32</sup> Entre esses autores, importa citar Kerchove que, em sua obra *O Direito sem penas*,<sup>33</sup> já argumentava pela despenalização para alguns tipos de crimes, como as ofensas morais, as ofensas ao bem-estar público e outras pequenas ofensas. Perceba-se que o pensamento de Kerchove, externado há trinta anos, é completamente oposto à ideologia média da sociedade brasileira contemporânea. Ideologia essa que propala o encarceramento como punição a um número cada vez maior de crimes. O endurecimento legal é diretamente proporcional à falência do sistema, por que acarreta a falta de vagas e de condições adequadas de ressocialização. Se concretizada, a redução da maioria penal agravará esse quadro.

Noutra direção, iniciativas bem-sucedidas de prevenção ao crime entre jovens têm sido experimentadas em outros países e reúnem algumas características importantes: a) os projetos contam com gestão multidisciplinar; b) os jovens são envolvidos no planejamento, implementação e avaliação dos programas; c) as fontes de financiamento são diversificadas, incluindo fundos públicos e privados, de modo a envolver diferentes atores da sociedade, como empresários, comerciantes e líderes comunitários.<sup>34</sup>

O envolvimento desses jovens em atividades como treinamento vocacional, serviços de saúde, assistência educacional, recreações, atividades de aconselhamento e prevenção da evasão escolar, faz parte de uma iniciativa

<sup>32</sup> DELMAS-MARTY, M. *Os grandes sistemas de política criminal*. Barueri, SP: Manole, 2004. p. 4.

<sup>33</sup> KERCHOVE, Michel van de. *Le droit sans peines: aspects de la dépenalisation en Belgique et aux Etats-Unis*. Buxelas (Bélgica): Facultés Universitaires Saint-Louis, 1987. p. 17.

<sup>34</sup> INSTITUTO LATINO-AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE. *Das políticas de segurança pública às políticas públicas de segurança*. São Paulo: ILANUD, 2002. p. 12.

colombiana bem-sucedida, que pode ser tomada como referência para a prevenção da violência.<sup>35</sup>

Complementando a argumentação até aqui delineada, cabe destacar-se o pensamento de Alessandro Baratta: há quatro indicações para uma política criminal das classes dominadas<sup>36</sup>. Em primeiro lugar, uma política criminal não é uma política penal, oriunda da legitimidade de punir do Estado, nem mesmo uma política de substitutivos penais. Política criminal refere-se a um conjunto de medidas de transformação social e institucional, que auxilia a possibilidade de igualdade, a democracia e a convivência mais humana. Logo, é necessário que se opere uma transformação nas crianças e adolescentes, na sociedade que os observa e nas instituições que lhes dão amparo.

Num segundo plano, levando-se em consideração que o direito penal é desigual, é importante que se assegurem dois movimentos: tutela penal e contração do sistema punitivo. Quanto à tutela penal, é preciso garantir a proteção contra condutas que afetem interesses sociais essenciais para vida, saúde, educação e bem-estar da comunidade, tais como a criminalidade financeira, contra a saúde, meio ambiente, segurança do trabalho, entre outras. Assim, cuidar de crimes que afetam o interesse social dá a possibilidade de maior proteção integral às crianças e adolescentes. Menos crimes que atentem contra os interesses da coletividade geram mais segurança social e estabilidade.

Quanto à contração do sistema punitivo, o autor advoga pela descriminalização de uma série de condutas, substituindo-as por outras formas de controle legal que não criem o mesmo estigma da norma penal. Nesse giro, contrair o sistema penal e colocar outras formas de controle não significa falta de responsabilização. Pelo contrário, a responsabilização é feita, porém fora do âmbito criminal. Por exemplo, por meio de justiça restaurativa, responsabilização cível, prestação de serviços à comunidade (visando à inclusão social), aproximação da vítima e infrator e outras propostas.

---

<sup>35</sup> INSTITUTO LATINO-AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE. *Das políticas de segurança pública às políticas públicas de segurança*. São Paulo: ILANUD, 2002. p. 12.

<sup>36</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

A terceira indicação de Baratta, atentando-se ao fracasso da prisão (controle de criminalidade e reinserção social), refere-se à abolição da pena que priva totalmente a liberdade. O autor defende até mesmo a extinção das internações, criando condições que levassem o condenado a compreender as contradições sociais que o conduziram a uma reação individual e egoísta e que desenvolvessem nele a consciência de classe, transformando amplamente a sua participação no movimento coletivo"<sup>37</sup>. A quarta e última indicação diz respeito aos processos ideológicos e psicológicos presentes na opinião pública (que fazem campanha de lei e ordem, fazem alarme social, manipulação de forças políticas, solidariedade social contra inimigo interno, redução da maioria, entre outras.). É necessária uma verdadeira "batalha cultural e ideológica em favor do desenvolvimento de uma consciência alternativa no campo das condutas desviantes e da criminalidade"<sup>38</sup>, invertendo as relações de hegemonia cultural, mediante a crítica ideológica, desconstituindo, assim, alguns dogmas da sociedade, como o de que apenas o Direito Penal resolve os problemas. Ora, entre esses problemas, estão as condutas violentas manifestadas por crianças e adolescentes, centro da discussão sobre a redução da maioria penal.

## 6 QUATRO FALÁCIAS DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Grande parte dos discursos favoráveis à redução da maioria penal, incluindo os textos de justificação dos projetos de emendas constitucionais nº 171/93 e 33/2012, estão ancorados em argumentos que se referem à diminuição da impunidade dos infratores menores; ao aumento da segurança pública, decorrente da internação; ao cumprimento da pena em separado; à efetividade da ressocialização; à realização de exame pericial psicológico.

É curioso e bastante contraditório, entretanto, observar que na própria justificação da PEC 33/2012, o legislador reconhece que o ECA ainda não foi completamente instituído, não havendo, portanto, como se avaliar sua efetividade:

---

<sup>37</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 37.

<sup>38</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 38.

É fato que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) ainda não foi integralmente implementado e, portanto, **não se pode ainda avaliar concretamente seus resultados**, de molde a apontarmos para o seu sucesso ou fracasso (grifo nosso).<sup>39</sup>

Prosseguem, ainda, os autores do projeto:

Não queremos dizer que os reincidentes são irrecuperáveis, muito pelo contrário. O ECA continua a ser uma das mais avançadas legislações do mundo e é necessário que o Estado proveja os meios à sua total e efetiva implementação. Mas os números revelam que a tendência à reincidência é muito alta. E um dos motivos para é a sensação de impunidade, que o espírito do ECA atualmente transmite (grifo nosso).<sup>40</sup>

À vista disso, se ainda não foram envidados todos os esforços para garantir a aplicação do ECA, não seria uma medida precipitada, tangente à imprudência, se propor a redução da maioridade penal o que impacta tão profundamente sobre o modelo? As reflexões que apresentamos nesta seção nos levam a crer que a alteração seria inócua, do ponto de vista prático. Vejamos, a seguir.

## 6.1 Diminuição da impunidade

Ambas as propostas de redução da maioridade penal, nas suas justificativas, são enfáticas em mencionar uma pretensa impunidade com a qual são favorecidos os menores que cometem atos infracionais análogos aos crimes graves. Quanto a esse argumento, opõe-se o fato de que as medidas socioeducativas estão explicitamente previstas no ECA, com o objetivo de se aplicar punição proporcional ao ato infracional, o que inclui a internação. Nesse sentido, não se trata de um problema de âmbito do direito material, daquilo que está positivado na lei, mas, sobretudo, de uma incapacidade do Estado para, após a condenação do menor infrator, garantir a execução da pena, empregando todos os esforços necessários à ressocialização do indivíduo.

<sup>39</sup> BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 33 de 2012*. Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/111035.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2016. p. 4.

<sup>40</sup> BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 33 de 2012*. Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/111035.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2016. 33 p. 5.

Para ilustrar, trazemos aqui o posicionamento da CRIN. A Rede Internacional dos Direitos da Criança (CRIN, do inglês *Child Rights International Network*) especializada na realização de pesquisas e projetos em defesa dos direitos da criança, denuncia, em relatório específico sobre encarceramento de crianças, distorções do sistema correcional brasileiro. A primeira delas se refere às condições de internação e à efetividade da ressocialização:

O Estatuto da Criança e do Adolescente do Brasil descreve a idade mínima para a imputabilidade penal como 18 anos. Abaixo dessa idade, ações que seriam consideradas ofensas criminais para um adulto são descritas como infrações e sujeitas a um regime diferenciado. Entretanto, essas sentenças incluem a privação da liberdade (internação em uma instalação socioeducativa) e o Comitê dos Direitos da Criança tem criticado essas práticas como carentes de base socioeducativa. Embora essa pena seja menos severa do que a de um adulto, **esse tipo de detenção equipara-se à natureza das sentenças de detenção de adultos** <sup>41</sup> (grifo nosso).

A segunda distorção diz respeito à maioridade penal brasileira que, na percepção daquela instituição, não é de 18 anos, mas sim de 12, dadas as péssimas condições das nossas políticas de internação:

Embora os infratores sejam negavelmente tratados com mais leniência do que os adultos, esse sistema de delitos e penalidades toma claramente a forma de um sistema de justiça criminal e, portanto, para os propósitos deste relatório, **o Brasil foi identificado como tendo uma idade penal de 12 anos** (grifo nosso).<sup>42</sup>

Em face desses argumentos, fica patente que os adolescentes que se colocam em conflito com a lei, não passam impunes. Observa-se, assim, que a política de internação é ineficaz no que respeita à reeducação, restringindo-se apenas a manter o adolescente encarcerado e distante da sociedade. Não há,

<sup>41</sup> CHILD RIGHTS INTERNATIONAL NETWORK. *Inhuman sentencing: life imprisonment of children around the world*. Disponível em: <[https://www.crin.org/sites/default/files/life\\_imprisonment\\_children\\_global\\_0.pdf](https://www.crin.org/sites/default/files/life_imprisonment_children_global_0.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2016. p.28.

<sup>42</sup> CHILD RIGHTS INTERNATIONAL NETWORK. *Inhuman sentencing: life imprisonment of children around the world*. Disponível em: <[https://www.crin.org/sites/default/files/life\\_imprisonment\\_children\\_global\\_0.pdf](https://www.crin.org/sites/default/files/life_imprisonment_children_global_0.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2016. p.28.

portanto, que se mencionar diminuição da impunidade, onde não há impunidade.

## **6.2 Efetividade da ressocialização e cumprimento de pena em separado**

O sistema prisional brasileiro enfrenta graves problemas estruturais. Um dos principais, é a superlotação carcerária, que acarreta condições desumanas na custódia. Em seu relatório intitulado A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro – 2016, o MP apresenta os resultados obtidos para o ano de 2015, após visita a 1.442 estabelecimentos prisionais. A pesquisa aponta uma taxa média de 160,82 % de ocupação para o Brasil. Excluindo-se dessa média a região sul, o número sobe para 171,27% e chega aos absurdos 178,24% na região nordeste.

No âmbito das unidades de internação destinadas aos menores, a situação é incomparavelmente mais grave. No seu Relatório da Infância e Juventude, que inclui dados atinentes ao ano de 2014, o MP já apontava números assustadores, quanto às condições de internação dos menores entre 12 e 18 anos. Das 369 unidades de internação existentes no Brasil, o relatório abrange 317.

Os dados nacionais apontam uma média de ocupação da ordem 130,28%. Comparado com a taxa média de adultos, embora inaceitável, esse número poderia até ser tomado como uma situação menos gravosa, por um leitor menos atento. No entanto, valores médios possuem a grande desvantagem de ocultar a realidade de alguns segmentos da amostra. Não é exceção nesse caso. Note-se que há estados em que a superlotação atinge valores astronômicos, a exemplo do Maranhão (886,5%), Mato Grosso do Sul (365,5%), Ceará (243,4%) e Paraíba (223,3%), para citar as situações mais graves.

Diante desse cenário, como é possível acreditar na capacidade do Estado de construir novas instalações, especificamente destinadas ao acolhimento dos jovens entre 16 e 18 anos? Como esperar que esses cidadãos, embora infratores, recebam as mínimas condições que favoreçam a sua reeducação?



### 6.3 Efetividade de exame pericial psicológico

Como já mencionado, uma das propostas de redução da maioria penal, a PEC 33/2012, pressupõe um instituto ao qual o legislador denomina de "desconsideração da inimputabilidade". Essa desconsideração, em tese, deverá ser apoiada por uma avaliação pericial. Como é sabido, instituto similar é eventualmente aplicado no âmbito da execução penal de adultos, com âncora no Título VII, Capítulo II, do Código Penal, no art. 196, § 2º da Lei de Execução Penal, na Súmula Vinculante nº 26/STF e na Súmula 439/STJ, para citar algumas normas.

Estudos apontam, entretanto, que o Poder Público não dispõe de condições adequadas para a realização de tais exames periciais, o que compromete sobremaneira a sua qualidade e a sua confiabilidade<sup>43</sup>. Lembra Santos<sup>44</sup>, que o exame criminológico é um estudo interdisciplinar, que pressupõe a pesquisa de antecedentes pessoais, familiares, sociais, psíquicos e psicológicos do apenado. Trata-se, portanto, de uma perícia complexa, que abrange mais de uma área de conhecimento e que pressupõe significativo esforço do Estado.

Em sua pesquisa, a autora revela a precária qualidade e a baixa efetividade dos laudos dos exames criminológicos, o que é motivado por fatores como: falta de pessoal capacitado e treinado para a efetivação dos exames; subjetividade e superficialidade dos exames; demora excessiva na sua confecção, acarretando violação de direitos, especialmente quando se trata de prisões cautelares; sobrecarga na administração pública e na administração da justiça. Em suma, argumenta que o exame criminológico

transformou-se em um singelo parecer apresentado por assistente social, psicólogo, e, raramente, por psiquiatra, que muitas vezes não dispõem de conhecimento específico

<sup>43</sup> SANTOS, Dayana R. dos. *O exame criminológico e sua valoração no processo de execução penal*. 2013. (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 71.

<sup>44</sup> SANTOS, Dayana R. dos. *O exame criminológico e sua valoração no processo de execução penal*. 2013. (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 105.

para a análise do comportamento do criminoso, restringindo seu trabalho em uma única entrevista.<sup>45</sup>

Questiona-se, aqui, portanto, se os casos dos adolescentes em conflito com a lei serão tratados da mesma maneira. Disporá o Ministério Público, a quem a proposta atribui a competência sobre o exame pericial, de pessoal tecnicamente qualificado e em quantidade suficiente para prover exames confiáveis, que não violem os direitos dos menores?

## 6.4 Diminuição da violência e aumento da segurança

Como já foi exaustivamente explorado neste artigo, não nos parece ser o encarceramento a solução para a redução dos índices de violência. Todavia, é bastante comum que humanidade lide com os comportamentos desviantes por meio da segregação.

Práticas como o exílio, a prisão, a internação, foram amplamente utilizadas ao longo da história em muitas sociedades (e ainda são, basta ver a cultura do encarceramento). Por exemplo, na Idade Média, época em que predominava o pensamento religioso, a exclusão social era dominante como forma de redenção, pelo sofrimento que causava ao indivíduo. Nos séculos XVII e XVIII, os "loucos" eram aprisionados em casas de internamento destinadas a miseráveis, desempregados, portadores de doenças venéreas, doentes ou a qualquer outro tipo de pessoa considerada antissocial.<sup>46</sup>

No século XIX, Philippe Pinel, um dos precursores da psiquiatria, utilizando uma rotina minuciosa de identificar patologias, observá-las, descrevê-las em detalhe, classificá-las e depois separá-las, estreitou a cultura da internação em torno do "louco". As terapias da época pressupunham vigilância contínua, ameaças, humilhações, castigos, privações alimentares, eletrochoques. A prática de Pinel era denominada tratamento moral.<sup>47</sup>

<sup>45</sup> SANTOS, Dayana R. dos. *O exame criminológico e sua valoração no processo de execução penal*. 2013. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 105.

<sup>46</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987.

<sup>47</sup> BASTOS, Viviane. *Psicologia nas instituições jurídicas*: livro didático. Palhoça: UnisulVirtual, 2011. p. 112.

É inquietante pensar que, quanto aos objetivos, essas instalações guardam uma grande similaridade com o cotidiano das instalações prisionais da atualidade. Do mesmo modo que, há séculos, a sociedade se encarregava de excluir do seu convívio cotidiano aqueles que apresentavam comportamentos antissociais, atualmente é o que se pretende vislumbrar para os jovens que estejam à margem da lei brasileira.

Despejado em um internato, um "louco" era lá esquecido, pois deixava de incomodar a todos os outros "normais" livres. Da mesma sorte, despejando-se, um menor, a partir de 16 anos em uma pretensa instituição de recuperação, por quatro, cinco ou vinte anos (ou mesmo um adulto, no sistema prisional tradicional), espera-se que o problema da violência esteja resolvido. Os dados já apresentados neste artigo denotam que essa expectativa não se consolida.

Ironicamente, o legislador e os jornalistas formadores de opinião, defensores da redução da maioridade penal, parecem se esquecer de que, diferentemente do louco, cuja internação é perpétua, o criminoso será liberto um dia. Nesse dia, talvez retorne ao convívio social ainda pior do que antes.

Obviamente, essa redução de idade poderia ser, eventualmente, defensável, se o sistema prisional brasileiro fosse estruturado em outros moldes. Em outros países, como, por exemplo a Noruega, as políticas prisionais são radicalmente diversas das brasileiras. Naquele país, a ênfase do sistema prisional volta-se para a ressocialização.

Os estabelecimentos prisionais noruegueses ofertam possibilidades de realização de trabalhos remunerados, educação, treinamento, bem como, programas de reabilitação. Os programas de tratamento são ofertados individualmente, ou em grupos e fornecem conhecimentos, técnicas e motivação para a mudança de vida, a melhoria da capacidade de enfrentamento dos problemas, o enfrentamento do abuso de drogas, a capacidade de lidar com a raiva ou o estresse.<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> NEWMAN, G. R. (Ed.). *Crime and punishment around the world*. Santa Barbara, Denver, Oxford: ABC-Clio, 2011. v. 4. p. 254.

Além disso, os agentes penitenciários participam ativamente no processo de reabilitação, servindo como modelos, supervisionando, motivando e aconselhando os presos, por meio do contato diário, de conversas e de acompanhamento. São ofertadas, ainda, atividades recreativas, religiosas, exercícios físicos e atividades culturais. Os detentos possuem acesso a equipamentos eletrônicos, televisores, rádios e revistas. São permitidas, ainda, ligações telefônicas (20 minutos por semana), correspondência escrita e visitas pessoais monitoradas. Podem ficar fora das celas por, no mínimo, uma hora por dia.<sup>49</sup>

Em suma, países como a citada Noruega, Islândia, Irlanda, Nova Zelândia, Dinamarca, Holanda, entre outros, enfatizam, em seus estabelecimentos prisionais, a ressocialização e esforçam-se para que esse objetivo seja cumprido. Já a política prisional brasileira parece fundar-se unicamente na exclusão, no alijamento, na segregação. Novamente, frise-se: encarceramento, não é estratégia para redução da violência urbana. Políticas públicas é que podem reduzir os índices dessas agressões.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando não questiona propostas como a de redução da maioria penal, no plano do Direito Penal<sup>50</sup>, da aparição social dos desvios<sup>51</sup> e da reação do sistema<sup>52</sup>, o jurista se aproxima do papel político de legitimação da ordem estabelecida. Assim, tende a tratar o episódio criminal ou o ato infracional como episódio individual e a respaldar a ordem legal como ordem natural<sup>53</sup>. Além disso, falha politicamente, ao: "a) supor que na transcrição da objetividade cognoscível não se imprime a experiência do sujeito cognoscente; b) reduzir a objetividade cognoscível ao que nela for empírica e sensivelmente

<sup>49</sup> NEWMAN, G. R. (Ed.). *Crime and punishment around the world*. Santa Barbara, Denver, Oxford: ABC-Clio, 2011. v. 4. p. 254.

<sup>50</sup> Como, por quê, e para quê se ameaçam penalmente certas condutas, que atingem delimitados interesses, com resultado prático de se alcançar sempre pessoas de certa classe.

<sup>51</sup> Pelo silêncio do legislador que não converte aquilo que a maioria desaprova em delituoso, pelo descompasso entre as bases morais e sua transformação histórica.

<sup>52</sup> Desde as representações do desvio, do desvio, da pena e do sistema presentes no movimento social ou na opinião pública, até as funções, aparentes e ocultas, da pena.

<sup>53</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 30.

demonstrável; c) ter, portanto, na metodologia o centro e o limite inexorável de sua atividade científica; d) conceber de forma mecanicista os fatos sociais, produzindo explicações com bases em relações causais"<sup>54</sup>. Ou seja, age indiferente às tensões da realidade social.

É preciso que se questione propostas como essa, investigando como, por que e para que foi elaborada. É necessário compreender fenômenos como o comportamento infracional e desviante; a prática do sistema penal e os mecanismos de controle social; e as funções ideológicas. Somente com essa postura, será possível retirar-se o véu do ser e dever ser, fazendo-o visível, para, assim, encontrarmos as melhores alternativas de controle de atos infracionais de crianças e adolescentes.

O debate sobre a violência não se esgota em temas como disponibilidade de armas, desemprego, tráfico de drogas, ou agressões sexuais. Conhecer os efeitos da presença dessas práticas é bastante útil. No entanto, é necessária a busca de medidas urgentes, capazes de transformar a cultura da sociedade, como solução permanente para a prevenção.

Ações educacionais, iniciadas na tenra infância, associadas a medidas inclusivas, poderiam fazer alguma diferença desejada quanto a essas questões de redução dos atos violentos. A frequente inclusão do tema nas agendas acadêmicas, políticas, institucionais e televisivas dão conta de que há uma sensibilização coletiva para a erradicação da violência.

Contraditoriamente, a cultura da violência, propagada pela mídia, especialmente a televisiva, que proporciona uma descomunal quantidade de informações sobre crimes, morte, roubos, sequestros, fraudes, corrupção, impunidade e barbáries de todos os tipos, parece impregnar na sociedade um sentimento sinérgico e controverso de medo, nas vítimas, e de invencibilidade, nos agressores.

Assim, é necessária a ampliação e o estabelecimento de compromissos formais e efetivos, por parte dos governantes, do parlamento, do judiciário e

<sup>54</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia da Repressão*. Rio de Janeiro, 1979, p. 47.

principalmente, da mídia, com o objetivo de eliminar ou reduzir distorções sociais como a discriminação, a exclusão social, o abandono das populações mais carentes à sua própria sorte e aos meios populares de resolução dos seus conflitos e de satisfação das suas necessidades básicas.

Esses são comprometimentos que a sociedade deve assumir, antes de, efetivamente, instituir essa medida discriminatória e paliativa, que é a redução da maioria penal.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Vitor S. **Sistema brasileiro de responsabilização de adolescentes:** possibilidades restaurativas. 2013. (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BASTOS, Viviane. **Psicologia nas instituições jurídicas:** livro didático. Palhoça: UnisulVirtual, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASIL. Senado Federal. **Especialistas:** redução da maioria penal é inconstitucional e não resolve violência. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/11/especialistas-reducao-da-maioridade-penal-e-inconstitucional-e-nao-resolve-violencia>> Acesso em: 15 dez. 2016.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 33 de 2012.** Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/111035.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2016.

BUSATO, Paulo César. **Ler Beccaria hoje.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CHILD RIGHTS INTERNATIONAL NETWORK. **Inhuman sentencing:** life imprisonment of children around the world. Disponível em: <[https://www.crin.org/sites/default/files/life\\_imprisonment\\_children\\_global\\_0.pdf](https://www.crin.org/sites/default/files/life_imprisonment_children_global_0.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

DELMAS-MARTY, M. **Os grandes sistemas de política criminal.** Barueri, SP: Manole, 2004.

FARIA, Tiago. Rachel Sheherazade, do SBT, defende grupo que amarrou homem nu em poste e provoca polêmica. **Veja**, São Paulo, 5 fev. 2014. Disponível em: <<http://vejasp.abril.com.br/blogs/pop/2014/02/05/rachel-sheherazade-sbt-comentario-a-favor-grupo-amarrou-homem-nu-poste-polemica/>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. **Legal minimum ages and the realization of adolescents' rights: a review of the situation in Latin America and the Caribbean**. 2016. Disponível em: <[https://www.unicef.org/lac/20160406\\_UNICEF\\_Edades\\_Minima\\_Eng\(1\).pdf](https://www.unicef.org/lac/20160406_UNICEF_Edades_Minima_Eng(1).pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

INSTITUTO LATINO-AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE. **Das políticas de segurança pública às políticas públicas de segurança**. São Paulo: ILANUD, 2002.

KERCHOVE, Michel van de. **Le droit sans peines**: aspects de la dépenalisation em Belgique et aux Etats-Unis. Buxelas (Bélgica): Facultés Universitaires Saint-Louis, 1987.

MARINHO, Fernanda C. **Jovens egressos do sistema socioeducativo**: desafios à ressocialização. 2013. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Psicologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

MARINHO, Fernanda C. **Jovens egressos do sistema socioeducativo**: desafios à ressocialização. 2013. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Psicologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEWMAN, G. R. (Ed.). **Crime and punishment around the world**. Santa Barbara, Denver, Oxford: ABC-Clio, 2011. v. 4.

SANTOS, Dayana R. dos. **O exame criminológico e sua valoração no processo de execução penal**. 2013. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia da repressão**: uma critica ao positivismo em criminologia. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SIEGEL, L. J. **Criminology**: theories, patters, and typologies. 10. ed. Belmont, CA, EUA: Wadsworth Cengage Learning. 2010.

SILVA, Jorge da. **Controle da criminalidade e segurança pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 51.

SILVA, Jorge da. Direitos humanos vs. lei e ordem: desconstruindo paradigmas de políticas públicas no Rio de Janeiro. In: CONGRESSO LUSO-AFRO-BRASILEIRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS, 8., 2004, Coimbra. **Anais...** Coimbra: CES, 2004. p. 19-20. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/lab2004/inscricao/pdfs/painel56/JorgedaSilva.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

WAISELFISZ, J. J. **Mapa da Violência 2015**: adolescentes de 16 e 17 anos no Brasil. Rio de Janeiro: FLACSO, 2015.

WAISELFISZ, J. J. **Mapa da Violência 2015**: mortes matadas por armas de fogo. Brasília: Presidência da República, 2015.

WINFRIED Hassemer. Segurança Pública no Estado de Direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 5. 1993.



# COTAS RACIAIS NO SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL E A FALTA DE CRITÉRIO OBJETIVO DE AVALIAÇÃO

Alisson de Souza e Silva<sup>1</sup>  
Flávia Cristina da Paz Tenório<sup>2</sup>

## RESUMO

A lei de cotas raciais no serviço público federal reserva, aos candidatos que se autodeclararam pretos ou pardos, 20% (vinte por cento) das vagas nos concursos públicos. É uma ação afirmativa e tem como objetivo promover a igualdade racial nos serviços públicos. Uma vez que, a maioria da população se considera como preta ou parda, e, que apenas 31% (trinta e um por cento) de todos os cargos ou empregos públicos são ocupados por pessoas pretas ou pardas. Essa mesma lei, adota o mesmo critério que o IBGE, sendo a auto declaração para classificar a cor ou raça de cada indivíduo da população. Esse critério de avaliação é muito subjetivo, pois não se sabe qual é o quesito que caracteriza o candidato e, assim, o mesmo fica sujeito à avaliação subjetiva da comissão avaliadora que a banca responsável pelo concurso. Sendo a alegação da banca que o candidato deve apresentar os fenótipos. Porém é preciso que estabeleça quais serão considerados como fenótipos que caracterizam as raças preta e parda. Pois o que vemos é que não há quesito algum que determine o fenótipo. Através de pesquisas on-line sobre o critério adotado pelo IBGE e sobre jurisprudências é que elaboramos este artigo.

**Palavras-chave:** Cotas raciais. Serviços públicos. Auto declaração.

## ABSTRACT

The law of racial quotas in the federal public service reserve, to candidates who declared themselves black or mulatto, 20% (twenty percent) of vacancies in public procurement. It is an affirmative action and aims to promote racial equality in public services. Since most of the population is considered as black or brown, and only 31% (thirty-one percent) of all positions or public jobs are occupied by black or colored people. This same law adopts the same criteria that the IBGE, being self-reporting to the color or race of each individual in the population. This assessment criterion is very subjective, it is not known what is the question that characterizes the applicant and thus it is subject to subjective evaluation of the evaluation commission that the bank responsible for the contest. As the allegation of the bank that the applicant must submit the

---

<sup>1</sup> Advogado. Pós-graduando em Direito do Trabalho e Previdenciário – UNICEUB – Brasília-DF. E-mail: alisson07@hotmail.com.br

<sup>2</sup> Advogada. Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Previdenciário – UNICEUB - Brasília-DF. E-mail: flaviacpaz@gmail.com.

phenotypes. But we need to establish what will be considered as phenotypes that characterize the black and brown races. For what we see it is that there is a Question to determine the phenotype. Through online research on the criteria adopted by the IBGE and on jurisprudence is that we prepared this article.

**Key-words:** Racial quotas. Public Service; Self-declaration.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade analisar a lei de cotas raciais nos serviços públicos federais, de modo específico, falaremos do critério utilizado para que o candidato possa fazer uso da lei a seu favor.

A lei n. 12.990/2.012, mais conhecida como lei de cotas raciais nos serviços públicos federais, é uma ação afirmativa que tem como objetivo suprimir a desigualdade racial com concursos públicos, com uma reserva de 20% (vinte por cento) das vagas gerais para candidatos que se autodeclararam como negros, sendo que essa classificação abrange os de cor ou raça preta ou parda, conforme dispõe o artigo 2º da lei supracitada.

Veremos que o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas – IBGE adota o critério de autodeclaração de cor ou raça, feito através de censo demográfico, realizado de 10 em 10 anos, geralmente. E que o IBGE estabelece cinco opções de cor ou raça, sendo elas: amarela, branca, parda, preta e indígena. Para que se possa enquadrar nessa última opção é preciso, na hora em que for entrevistado pelo representante do instituto, que informe a etnia e a língua falada, ou seja, é um critério mais específico, não basta autodeclarar que é indígena, é necessário informar a qual “tribo” pertence.

Desta forma, verifica-se a subjetividade quanto ao critério para avaliar o candidato. Pois, qualquer pessoa pode se autodeclarar como branca, amarela, preta, parda ou indígena, uma vez que é respondido conforme o que se acredita ser.

O parágrafo único, do artigo segundo da lei de cotas sociais nos serviços públicos federais, prevê a possibilidade de punir o candidato, caso fique constatado que a declaração seja falsa.

Veremos que a falta de um critério objetivo para a verificação da veracidade da autodeclaração, tem ocasionado prejuízos aos candidatos. Uma vez que, a intenção dessa ação afirmativa é promover a igualdade racial, e, sabemos que se não for levada a sério, será mais uma ação pontual.

Algumas bancas examinadoras têm utilizado o parágrafo único para fundamentar a convocação dos candidatos cotistas para que uma comissão avalie se o mesmo pode ser considerado como negro, juntamente com o regimento interno do órgão.

O ápice do presente artigo é exatamente esse, de que é necessário um critério objetivo para avaliar a veracidade da autodeclaração. Haja vista que, o que realmente ocasiona a desigualdade racial é exatamente a aparência do ser humano e não a sua ascendência.

## **2 LEI DE COTAS RACIAIS NOS SERVIÇOS PÚBLICOS: LEI N. 12.990/2.012.**

O Brasil aboliu a escravidão no ano de 1888, com a Lei Áurea. Acontece que passados 128 anos, o nosso país não progrediu quase nada para que houvesse uma, considerável diminuição, quanto à extinção do racismo. Hoje em dia é muito comum ver pessoas sendo discriminadas em razão da cor da pele, do tipo do cabelo etc., e não importa a classe social que pertença.

Com essa discriminação constante, o governo através de ações afirmativas, criou a lei de cotas raciais, tanto para o ensino superior quanto para o serviço público. Para melhor compreensão do que é uma ação afirmativa, faremos um breve resumo.

Ações afirmativas são políticas públicas com objetivo de promover a igualdade e diminuir qualquer tipo de discriminação. Abrange os menos favorecidos, tais como os negros, as mulheres, os jovens, e, também, podemos encontrar tais ações nas áreas: da saúde, do trabalho e da educação. Essas ações são classificadas em três aspectos: promover a igualdade de oportunidades; tem o objetivo de reverter a representação negativa dos negros; e, combater o

preconceito e o racismo. As ações afirmativas podem partir do interesse privado como também do interesse público. “No Brasil, as ações afirmativas integram uma agenda de combate a herança histórica de escravidão, segregação racial e racismo contra a população negra<sup>3</sup>.”

Tivemos uma importante ação afirmativa na área do trabalho, que é a lei n. 12.990 de 09 de junho de 2014, mais conhecida como a Lei de Cotas Raciais no Serviço Público Federal. Essa lei reserva uma porcentagem do total de vagas para os candidatos negros nos concursos públicos da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

Sendo aplicada, essa reserva de 20% (vinte por cento), aos concursos públicos sempre que o número de vagas for igual ou superior a 3 (três), conforme estabelece o §1º, do artigo 1º, da lei supracitada.

Com o advento dessa lei, é possível que o negro chegue a cargos que são representados, na maioria das vezes, por alguém de outra raça, como por exemplo o amarelo ou o branco. Um dos objetivos da lei é diminuir a desigualdade racial, e assim reverter as distorções nos quadros de cargos dos serviços públicos.

Vale ressaltar que, essa lei não é a única ação afirmativa que está relacionada ao trabalho. Há outras ações afirmativas com parcerias com entidades privadas, como por exemplo, a parceria que a Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial – SEPPIR tem com o Sebrae no programa Empreendedorismo Negro.

O artigo 5º da referida lei, estabelece que a SEPPIR, será o órgão responsável por acompanhar e avaliar anualmente os efeitos produzidos e

---

<sup>3</sup> BRASIL. Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. *O que são ações afirmativas*. Disponível em: <<http://www.seppir.gov.br/assuntos/o-que-sao-acoes-afirmativas>>. Acesso em 01 jul. 2016.

deverá emitir relatórios periódicos, de acordo com o que dispõe o artigo 59 do Instituto de Igualdade Racial<sup>4</sup>.

A lei de cotas raciais no serviço público tem um prazo determinado de vigência de 10 (dez) anos, ou seja, até o dia 10 de junho de 2024. Decorridos esses anos, poderá ser editada uma nova proposta que garanta a continuidade da lei, caso não consiga aumentar a porcentagem de negros que ocupam cargos públicos federais, sendo este, um dos objetivos da lei. Uma vez que a porcentagem da população de negros é maior que 50% (cinquenta por cento) e somente 31% (trinta e um por cento) estão ocupando cargos nos serviços públicos federais.

Antes da lei federal de cotas raciais entrar em vigor, alguns estados já estavam utilizando essa ação afirmativa e vinham tendo resultados positivos.

O artigo segundo da referida lei, estabelece que os candidatos que se autodeclararem pretos ou pardos poderão concorrer às vagas destinadas a candidatos negros. Vejamos:

Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se **autodeclararem** pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. (Grifo nosso).

Eis que chegamos no ponto chave desse trabalho acadêmico. A lei é clara, todos que se autodeclararam pretos ou pardos poderão concorrer às vagas como cotista racial. Acontece que, o quesito adotado cor ou raça que o IBGE adota, também é a autodeclaração, conforme veremos no item 2.

O candidato que se autodeclarar como preto ou pardo e conseguir a aprovação no concurso público, passará por uma entrevista com uma comissão que a banca examinadora determinará para verificar a veracidade da autodeclaração, avaliarão se o mesmo é ou não considerado preto ou pardo. Assim, conclui-se que não basta apenas a autodeclaração.

---

<sup>4</sup> BRASIL. *Lei Nº 12.288, de 20 de julho de 2010*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2016.

Algumas bancas examinadoras de concursos públicos, têm feito essas entrevistas fundamentadas em regimento interno e, também, no parágrafo único do artigo segundo da lei de cotas raciais. Vejamos:

Parágrafo único. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Observamos que alguns editais não traziam previsão de convocação para a verificação de veracidade da autodeclaração. Desta forma, muitas vezes a verificação é uma recomendação do Ministério Público que foi provocado por algum candidato que se sentiu lesado com a falta da verificação.

De acordo com Luiza Bairos, ministra da Igualdade Racial a época em que a lei de cotas raciais no serviço público federal foi sancionada, assegurou que a apuração quanto à falsidade da declaração do candidato continuaria sendo realizada pelo Ministério Público, através de denúncias feitas por cidadãos, do mesmo jeito que acontece quando se tem uma denúncia de uma suposta declaração falsa de conta nas universidades.

É necessário que a lei estabeleça um critério objetivo de avaliação. Pois, sabemos que a finalidade dessa lei de cotas raciais é promover a igualdade. Porém, é preciso levar em conta que a causa da discriminação racial, nem sempre é/será a ascendência da pessoa, mas sim, a sua aparência física, por causa da cor de sua pele, tipo de cabelo etc.

Portanto, o candidato precisa ser avaliado pela sua aparência. Haja vista que, uma pessoa com a aparência preta ou parda, na maioria das vezes, será vista como uma pessoa com a capacidade intelectual reduzida para exercer um bom cargo. Sabemos que isso não é verdade, pois temos como exemplo, o ex-ministro da nossa Suprema Corte Joaquim Barbosa.

É preciso promover a igualdade racial, e com essa ação afirmativa estamos progredindo, mesmo que a passos lentos. Vale lembrar que no

primeiro ano dessa lei federal, o número de negros que ingressaram no serviço público como cotistas, foi de 638 (seiscentos e trinta e oito)<sup>5</sup>.

A utilização de critérios subjetivos em concursos públicos vem sendo há muito tempo refutada pela jurisprudência, conforme verifica-se na evolução do rigor da objetividade dos critérios em avaliações psicológicas, avaliações físicas e demais etapas. Assim, concluímos que se faz necessário que a lei estabeleça o critério objetivo para avaliar os candidatos que se autodeclararam negros.

### 3 CRITÉRIOS ADOTADOS PELO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE

No item anterior, vimos que a lei de cotas raciais adotam o mesmo quesito que o IBGE quanto ao critério cor/raça. Por conseguinte, é adotado o critério da autodeclaração, realizada a cada censo demográfico.

De acordo com o histórico da investigação sobre cor ou raça nas pesquisas domiciliares do IBGE<sup>6</sup>, nem sempre essas cinco categorias de cor ou raça, geralmente eram as cores branca, preta, parda e amarela. A raça indígena foi inserida como categoria racial a partir do censo demográfico do ano de 1991.

O IBGE classifica em 5 (cinco) categorias a cor ou raças. Sendo elas: branca, preta, parda, amarela e indígena. Em 2010, último censo realizado, repetiram-se as mesmas categorias de classificação da pergunta, que voltou ao questionário básico aplicado à totalidade da população, sendo que, pela primeira vez, as pessoas identificadas como indígenas foram indagadas a respeito de sua etnia e língua falada.

Esse é o quesito adotado pelo IBGE, uma autodeclaração. Ao analisar último censo, realizado em 2010, verificamos a abordagem feita ao

<sup>5</sup> BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. *Trabalho*. Disponível em: <<http://www.seppir.gov.br/assuntos/trabalho>>. Acesso em 01 jul. 2016.

<sup>6</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Características raciais*. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/caracteristicas\\_raciais/notas\\_tecnicas.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/caracteristicas_raciais/notas_tecnicas.pdf)>. Acesso em: 01 jul. 2016.

entrevistado sobre qual cor/raça o mesmo considera ser. Vejamos abaixo, a parte do questionário da amostra do censo demográfico de 2.010, realizada pelo instituto para coletar dados referentes à autodeclaração de cor/raça. É uma pergunta, onde o representante do IBGE, faz ao entrevistado referente a que cor/raça o mesmo se considera, sendo cinco opções: branca, preta, amarela, parda e indígena.

**Figura 1** - Questionário Básico: Censo IBGE 2010

6.04 - A SUA COR OU RAÇA É:				
<input type="checkbox"/> 1 - BRANCA	<input type="checkbox"/> 2 - PRETA	<input type="checkbox"/> 3 - AMARELA	<input type="checkbox"/> 4 - PARDA	<input type="checkbox"/> 5 - INDÍGENA (Passe ao 6.06)
(Se terra indígena no tipo de setor e código 1 a 4 neste quesito, siga 6.05) (Se tipo de setor diferente de terra indígena e código 1 a 4 neste quesito: a) Tem idade menor ou igual a 10 anos, passe ao 6.10) b) Tem idade maior do que 10 anos, passe ao 6.11)				

Fonte: IBGE, 2010

O IBGE utiliza, exclusivamente, o critério de autodeclaração, por não ser possível, atualmente, apurar cor ou raça utilizando outros critérios que não esse. Verificamos, também que não há previsão de outra forma de apuração em nenhum dos instrumentos legais, nem previsão de características fenotípicas ou conceitos de cor e raça com bases legais.

Vale ressaltar que a autodeclaração também é a única forma de apuração da condição de pessoa negra no Estatuto da Igualdade Racial, Lei n 12.288/2010, art. 1º, parágrafo único, inciso IV.

Portanto, por esse ser o critério adotado pelo IBGE, reforça a ideia de que se faz necessário a criação de um critério objetivo para caracterizar o que, de fato, distingue o candidato de cor ou raça preta ou parda das demais cores ou raças.

## 4 JURISPRUDÊNCIA

Por ser uma lei recente, com menos de 2 (dois) anos, ainda temos poucas jurisprudências referente à autodeclaração em concursos públicos que adotam a lei de cotas raciais nos serviços públicos federais.

Há pouco tempo, na mesma esteira em correlata decisão que aborda o tema, o STF, através de decisão da Ministra Carmen Lucia, nos autos AI 80.5328



AgR, assim decidiu: “ É certo que a conclusão da Comissão Avaliadora não pode ser arbitrária, mas obviamente tem um traço ponderável de subjetividade que é próprio do critério do fenótipo (conjunto de caracteres visíveis de um indivíduo ou de um organismo, em relação à sua constituição e às condições do seu meio ambiente, ou seja, aparência) adotado pelo edital e não contrariado pela agravada até sofrer a desclassificação”.

Fica claro que a condição social, nem mesmo a autodeclaração é validada, quando há impugnação contra o candidato e essa impugnação é submetida à Comissão Avaliadora, sendo desclassificada como da cor negra, pois esta é a finalidade da lei, preservar a vaga a pessoa negra ou parda, não importando seu histórico genealógico ou social.

Processo: AI 00199062920154030000 MS

Relator(a): DESEMBARGADOR FEDERAL

Julgamento: 03/03/2016

Ementa

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA AUTODECLARADA PARDA. CONDIÇÃO NECESSÁRIA, MAS NÃO SUFICIENTE, PARA CONCORRER ÀS VAGAS RESERVADAS AOS COTISTAS DE COR NEGRA/PARDA. PREVISÃO NO EDITAL QUE A AUTODECLARAÇÃO SERIA CONFIRMADA POR UMA BANCA JULGADORA SEGUNDO O CRITÉRIO DO FENÓTIPO, QUE É A MANIFESTAÇÃO VISÍVEL OU DETECTÁVEL DA CONSTITUIÇÃO GENÉTICA DE UM DETERMINADO INDIVÍDUO. IMPOSSIBILIDADE DE O JUDICIÁRIO SE SOBREPOR AO CRITÉRIO QUE SE RESERVA À BANCA EXAMINADORA QUE, EM DECISÃO UNÂNIME, CONCLUIU QUE A CANDIDATA NÃO APRESENTAVA TRAÇO FENÓTIPO DE NEGRO/PARDO. RECURSO PROVIDO.

1. Agravo de instrumento contra decisão que deferiu pedido de antecipação de tutela para o fim de determinar que a inscrição da autora seja mantida como cotista (parda) e, nesta condição, seja ela convocada para as demais fases do concurso, caso a sua classificação assim lhe assegure.

2. A decisão da Comissão Avaliadora, composta segundo a agravante por três estudiosos das relações raciais no Brasil, com Doutorado em Ciências Sociais e ativistas de movimentos negros organizados, à unanimidade concluiu que a candidata não apresentava traço fenótipo de

negro/pardo e os elementos constantes dos autos não são suficientes para infirmar tal conclusão.

3. É certo que a conclusão da Comissão Avaliadora não pode ser arbitrária, mas obviamente tem um traço ponderável de subjetividade que é próprio do critério do fenótipo (conjunto de caracteres visíveis de um indivíduo ou de um organismo, em relação à sua constituição e às condições do seu meio ambiente, ou seja, aparência) adotado pelo edital e não contrariado pela agravada até sofrer a desclassificação; sendo assim, é invocável recente aresto do STF que ressaltou o não cabimento de revisão judicial de critério subjetivo de resultado de prova, que originariamente cabe à banca (AI 80.5328 AgR, Relator (a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 25/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 09-10- 2012 PUBLIC10-10- 2012).

4. As alegações de ancestralidade e consanguinidade não são definidoras de direitos para que os candidatos possam figurar nas vagas reservadas, até porque o edital já definiu previamente os critérios orientadores para tanto.

5. Impossibilidade de o Judiciário se sobrepor ao critério que se reserva à banca examinadora, ressaltando-se que a candidata só se recordou de investir contra o critério do edital depois de não ser favorecida por ele; até então, para ela nada havia de errado nas providências elencadas para apuração de cota racial no certame a que se candidatou.

6. Recurso provido.

Recentemente a Ministra Eliana Calmom, relatora do Recurso Especial n. 1.383.263 – RS, proferiu o seu voto dando o parecer de que a autodeclaração exige que o candidato seja um afrodescendente e não a vivência anterior de situações que caracterizam o racismo. Porém, esse Recurso Especial é referente às cotas raciais nas universidades, lei n. 12.711/2012.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.383.263 - RS (2013/0128874-1)

RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMOM

RECORRENTE: UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA

REPR. POR: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

RECORRIDO: EDERSON VEIGA VARGAS

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA ELIANA CALMON: Trata-se de recurso especial interposto pela UNIVERSIDADE FEDERAL

DE SANTA MARIA contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

UFSM. COTAS. SISTEMA CIDADÃO PRESENTE. ALUNO AUTODECLARADO AFRO-BRASILEIRO. IRREGULARIDADE DO PROCEDIMENTO ADOTADO PELA UNIVERSIDADE.

1. Ainda que prevista no edital a avaliação por uma comissão, tenho que cancelamento da vaga não se mostrou razoável, ou mesmo fundamentado, porquanto o Edital adota a autodeclaração como técnica de identificação racial, exigindo-se do candidato tão-somente a condição de afrodescendente e não a vivência anterior de situações que possam caracterizar racismo. (Grifo nosso).

2. Pardo é todo aquele que se considera como alguém que escapa às categorias puras de raça/cor/etnia (oferecidas pelo IBGE e consagradas pelo pensamento social brasileiro), assim entendidos os afro-brasileiros bem como os descendentes de afro-brasileiros. (fl. 314, e-STJ).

[...]

É o relatório.

Mais uma vez restou comprovado que a discriminação acontece em razão das características que as pessoas de cor ou raça preta ou parda possuem. Sendo assim, se faz necessário a adoção de um critério objetivo para caracterizar o fenótipo das pessoas que se autodeclaram como sendo pretas ou pardas. Assim, será mais fácil alcançar o objetivo da lei de cotas, e os candidatos inscritos em concursos públicos federais já estarão cientes das características que serão avaliadas pelas comissões avaliadoras das bancas examinadoras.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conforme análise, a falta de um critério objetivo que estabelece padrões para classificar ou desclassificar um candidato que concorre à vaga destinada a candidatos negros prejudica quem, de fato, poderia ser considerado como pertencente à raça/cor preta ou parda.

Como visto antes, as bancas examinadoras nem sempre convocam candidatos que foram aprovados como cotistas em concursos públicos. A maioria das vezes, as convocações partiam de uma provocação feita por algum candidato que se sentiu lesionado e pediu intervenção ao Ministério Público

para que as bancas convocassem todos os candidatos que foram aprovados, e assim passariam por uma verificação de veracidade da autodeclaração.

Vimos também que os critérios utilizados pelo IBGE, é também a autodeclaração. Tendo como, uma única diferenciação das demais raças/cor, a indígena, uma vez que, se faz necessário para tal classificação dizer qual é a etnia e qual a língua adotada pela “tribo”. As demais raças/ cor, basta informar ao pesquisador do IBGE em qual delas o entrevistado se encaixa, no momento em que estiver preenchendo o censo demográfico, o que acontece a cada 10 (dez) anos, geralmente.

Sendo uma solução para esse caso, seria interessante estabelecer o fenótipo que caracteriza o negro: o tom de pele que pode ser considerado como pardo ou preto; se o tipo de cabelo é uma característica que pode diferenciar uma cor ou raça da outra; e, se o formato do nariz, a cor do olho e a cor do cabelo pode distinguir dos demais.

A proposta mais justa seria de cotas sociais, pois, não existe critério objetivo para auferir quem é realmente preto ou pardo, e sempre haverá questionamentos em relação a sua origem, ainda mais no Brasil, que é um país, naturalmente miscigenado, e com a avaliação de renda familiar, semelhante ao critério utilizado pela previdência social, que já contém esses dados, ficariam contemplados pretos, pardos, índios, etc., distribuiria justiça e desenvolvimento social.

Muito embora o rendimento das pessoas contempladas pela cota historicamente seja até melhor dos demais, é importante ressaltar que o ideal seria haver vagas para todos os desfavorecidos, mas os recursos são limitados.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei Nº 12.288, de 20 de julho de 2010**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2016.

BRASIL. **Lei Nº 12.990, de 9 de junho de 2014.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm)>. Acesso em: 30 jun 2016.

BRASIL. Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. **Trabalho.** Disponível em: <<http://www.seppir.gov.br/assuntos/trabalho>>. Acesso em 01 jul. 2016.

BRASIL. **Características étnico-raciais da população:** um estudo das categorias de classificação de cor ou raça 2008. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/caracteristicas\\_raciais/notas\\_tecnicas.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/caracteristicas_raciais/notas_tecnicas.pdf)>. Acesso em: 01 jul 2016.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa:** o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176462/000512670.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 30 jun 2016.

VENTURINI, Anna Carolina. **A Lei 12.990 e a reserva de vagas para negros e pardos nos concursos.** Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-jul-13/anna-venturini-reserva-vagas-cotas-concursos-publicos>>. Acesso em: 30 jun 2016.

# A PROSTITUIÇÃO NO BRASIL E SUA REGULARIZAÇÃO

Amanda Cancherini Lefone<sup>1</sup>  
Hayleigh Torres<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo busca discutir a prostituição no Brasil e sua regularização. Para ambientação do assunto, inicia observando que a atividade já era regulamentada na Grécia Antiga e nos rituais assírios e que, no Brasil, ela teria iniciado com a chegada dos portugueses. Os autores observam que o crescimento das indústrias e da população nas cidades provocou a expansão da prostituição, com a concentração em áreas específicas e a criação de bordéis. Comenta-se sobre os dois primeiros encontros nacionais de prostitutas no Brasil, com o primeiro acontecendo no ano de 1987 e o segundo em 1989, ocasião em que foi apresentada a proposta de se chamar as prostitutas de profissionais do sexo. A seguir o trabalho comenta a precariedade de dados a respeito do tema, apresenta alguns números e mostra como a prostituição é legalmente tratada em diversos países, com breves comentários sobre particularidades existentes em alguns deles. Sobre a regulamentação da atividade no Brasil, é citado o Projeto de Lei 4.211/12, tramitando na Câmara dos Deputados e aguardando constituição de Comissão Temporária pela Mesa. São apontadas algumas proposições desse Projeto de Lei, como a caracterização de exploração sexual, a existência de relação de trabalho das profissionais do sexo como profissionais autônomos ou em cooperativas, além da possibilidade de aposentadoria. O artigo, considerando a influência das religiões nas discussões do tema, apresenta uma visão sintética de como a prostituição é vista em algumas delas. Por fim, antes de concluir, o artigo trata da exploração sexual de menores, destacando que não é consensual e é crime e que, em consequência, não há que se falar em regulamentação, pois esta deve ser aplicada apenas à prostituição de adultos.

**Palavras-chave:** Prostituição. Prostituição infantil. Regulamentação.

## ABSTRACT

---

<sup>1</sup> Advogada. Aluna do curso de pós-graduação lato sensu em Direito do Trabalho e Previdenciário do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

<sup>2</sup> Advogado. Aluno do curso de pós-graduação lato sensu em Direito do Trabalho e Previdenciário do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

This article aims to discuss prostitution in Brazil and its regularization. In order to set the subject, it begins by observing that the activity was already regulated in Ancient Greece and Assyrian rituals and that in Brazil it would have started with the arrival of the Portuguese. The authors note that the growth of industries and population in the cities has led to the expansion of prostitution, with concentration in specific areas and the creation of brothels. The first two national meetings of prostitutes in Brazil are discussed, with the first occurring in 1987 and the second in 1989, when the proposal to call prostitutes of sex workers was presented. The paper then comments on the precariousness of data on the subject, presents some numbers and shows how prostitution is legally treated in several countries, with brief comments on the particularities that exist in some of them. Regarding the regulation of the activity in Brazil, the legislative proposal 4.211 / 12 is cited, being processed in the Chamber of Deputies and awaiting the formation of a Temporary Committee by the Bureau. Some proposals of this bill are pointed out, such as the characterization of sexual exploitation, the existence of labor relations of the sex workers as self-employed professionals or in cooperatives, besides the possibility of retirement. The article, considering the influence of religions in the discussions of the theme, presents a synthetic view of how prostitution is seen in some of them. Finally, before concluding, the article deals with the sexual exploitation of minors, emphasizing that it is not consensual and is a crime and that, consequently, there is no need to speak about regulation, as it should be applied only to adult prostitution.

**Key words:** Prostitution. Child prostitution. Regulation.

## 1 INTRODUÇÃO

A prostituição é considerada como a profissão mais antiga do mundo. Foi observado que na Grécia Antiga havia uma hierarquia entre as prostitutas que possuíam dons artísticos e tinham livre acesso e convívio com a elite. Com os romanos a atividade já era regulamentada, inclusive, com as prostitutas pagando impostos sobre suas rendas. Já na Antiguidade Oriental, a prostituição era utilizada para rituais, sendo que os assírios ofereciam suas filhas, com aproximadamente 12 anos de idade, para realizar os rituais.<sup>3</sup>

Já no Brasil, a prostituição teria surgido com o início da colonização, já que os portugueses que aqui atracaram começaram a ter relações sexuais com as índias, dando início à reconhecida miscigenação brasileira. Além disso, com o

---

<sup>3</sup> SOUSA, Rainer. *A prostituição na Antiguidade*. Disponível em: <<http://historiadomundo.uol.com.br/idade-antiga/a-prostituicao-na-antiguidade.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

intuito de manter a raça branca prevalecente, o Padre Manoel Nóbrega pediu ao rei em 1549 que enviasse à colônia portuguesas brancas e, com elas, vieram também as primeiras prostitutas ao país.<sup>4</sup>

Com o crescimento das indústrias e o consequente aumento da população nas cidades, a prostituição se expandiu, dando origem aos bordéis que eram frequentados por pessoas de todas as classes sociais. Já em 1920, surgiu a “zona do mangue” que ficou popularmente conhecido no Rio pela prostituição, sendo fechada durante a ditadura de Vargas em 1942 e reaberta em meados dos anos 50.<sup>5</sup>

Em 1987 foi realizado o I Encontro Nacional de Prostitutas, organizado por Gabriela Leite, cujo objetivo era discutir o preconceito e a violência que essa categoria sofria na sociedade. Depois de dois anos ocorreu o II Encontro Nacional de Prostitutas, aonde além dos antigos tópicos, surgiu o principal: mudança do nome. As prostitutas queriam ser chamadas agora de profissionais do sexo. Atualmente existem diversas associações que advogam pelas profissionais do sexo na prevenção de doenças sexualmente transmissíveis, da violência que continuam sofrendo e pelo acesso a direitos trabalhistas.<sup>6</sup>

Este trabalho abordará como a prostituição é tratada em diversos países, sobre a regulamentação da atividade no Brasil, sobre a visão das religiões a respeito do tema e sobre a distinção da exploração sexual de menores.

## 2 DIREITO COMPARADO

---

<sup>4</sup> CASTRO, Alyne Almeida. *A prostituição no Brasil e o debate em torno da regulamentação da profissão*. Disponível em: <[http://bdm.unb.br/bitstream/10483/13063/1/2015\\_AlyneAlmeidaCastro.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/13063/1/2015_AlyneAlmeidaCastro.pdf)>. Acesso em: 28 nov 2016. p. 28-29.

<sup>5</sup> CASTRO, Alyne Almeida. *A prostituição no Brasil e o debate em torno da regulamentação da profissão*. Disponível em: <[http://bdm.unb.br/bitstream/10483/13063/1/2015\\_AlyneAlmeidaCastro.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/13063/1/2015_AlyneAlmeidaCastro.pdf)>. Acesso em: 28 nov 2016. p. 29.

<sup>6</sup> CASTRO, Alyne Almeida. *A prostituição no Brasil e o debate em torno da regulamentação da profissão*. Disponível em: <[http://bdm.unb.br/bitstream/10483/13063/1/2015\\_AlyneAlmeidaCastro.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/13063/1/2015_AlyneAlmeidaCastro.pdf)>. Acesso em: 28 nov 2016. p. 32-33.



Apesar de contar com fontes contestáveis e precárias, os cálculos indicam que o número de pessoas que vivem na prostituição pode chegar a 40 milhões, dentre os quais cerca de 75% são mulheres e a maioria com idade entre 13 e 25 anos.<sup>7</sup>

Alguns países já regulamentam a prostituição como profissão, enquanto em outros a atividade de prostituir-se, contratar prostitutas (o) ou organizar essa atividade é considerado crime.

Um dos países pioneiros na regulamentação da prostituição é a Alemanha, onde a atividade é reconhecida oficialmente e regulamentada desde o ano de 2002. A Alemanha foi considerada pelo escritório das Nações Unidas sobre drogas e crimes, como um dos principais destinos de vítimas do tráfico de pessoas.<sup>8</sup> Já a Áustria regulamenta a prostituição, sendo a prática legalizada, mas relativamente restringida por diversas sanções.<sup>9</sup>

Na Grécia e na Turquia a atividade é legalizada, bem como a operação de bordéis e prostíbulos, sendo necessária uma licença fornecida pelo governo. Os profissionais do ramo devem possuir um cartão médico contendo informações médicas sobre seu estado de saúde que deve, ainda, ser atualizado periodicamente.<sup>10</sup>

Na Bélgica, Finlândia, Estônia, França, Itália, Luxemburgo, Polônia, Portugal, Reino Unido e República Tcheca a atividade é legal, mas é vedado a operação de bordéis e atividades que promovam a imigração com fins de prostituição. Na Bélgica, tráfico humano e exploração sexual são punidos com a

<sup>7</sup> MEIHY, José Carlos Sebe B. *Prostituição à brasileira*: cinco histórias. São Paulo: Contexto, 2015. p. 13.

<sup>8</sup> CHIAPAS, Marcos. *As leis sobre a prostituição em vários países europeus*. Disponível em: <<http://jornalggn.com.br/noticia/as-leis-sobre-prostituicao-em-diversos-paises-europeus>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

<sup>9</sup> CHIAPAS, Marcos. *As leis sobre a prostituição em vários países europeus*. Disponível em: <<http://jornalggn.com.br/noticia/as-leis-sobre-prostituicao-em-diversos-paises-europeus>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

<sup>10</sup> CHIAPAS, Marcos. *As leis sobre a prostituição em vários países europeus*. Disponível em: <<http://jornalggn.com.br/noticia/as-leis-sobre-prostituicao-em-diversos-paises-europeus>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

pena máxima e na Suíça a atividade é reconhecida oficialmente, aonde os bordéis podem ser licenciados.<sup>11</sup>

A Espanha, diferentemente de outros países, não considera crime ser proprietário de negócio onde se opera a prostituição, mas proíbe o proxenetismo (induzir ou obrigar a pessoa a se prostituir, com vistas ao lucro ou não). Na Albânia, Azerbaijão, Bielorrússia, Bósnia, Croácia, Geórgia, Herzegovina, Irlanda, Lituânia, Macedônia, Romênia, Sérvia e Ucrânia a prostituição é considerada ilegal.<sup>12</sup>

Um dos países mais intolerantes à prostituição é a Eslovênia, que considera a atividade ilegal sob todos seus aspectos, enquanto nos Países Baixos a atividade além de regulamentada é vista com grande naturalidade. Já na Noruega é crime pagar para obter serviços sexuais, contudo, não é considerado crime oferecer os serviços.<sup>13</sup>

### 3 REGULAMENTAÇÃO NO BRASIL

É importante citar o Projeto de Lei nº 4.211/12, que se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados e aguardando constituição de Comissão Temporária pela Mesa, do Deputado Federal Jean Willys. Esse Projeto de Lei recebeu o nome de Lei Gabriela Leite em homenagem à prostituta Gabriela Leite, autora do livro “filha, mãe, avó e prostituta - a história de uma mulher que decidiu ser prostituta”, e é fundadora da ONG DAVIDA, uma instituição em prol dos interesses e direitos dos profissionais do sexo.

O projeto de lei (PL) em seu artigo 1º preceitua profissional do sexo como pessoa maior de dezoito anos absolutamente capaz que, voluntariamente, presta serviços sexuais mediante pagamento de remuneração. O PL veda a

<sup>11</sup> CHIAPAS, Marcos. *As leis sobre a prostituição em vários países europeus*. Disponível em: <<http://jornalggn.com.br/noticia/as-leis-sobre-prostituicao-em-diversos-paises-europeus>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

<sup>12</sup> CHIAPAS, Marcos. *As leis sobre a prostituição em vários países europeus*. Disponível em: <<http://jornalggn.com.br/noticia/as-leis-sobre-prostituicao-em-diversos-paises-europeus>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

<sup>13</sup> CHIAPAS, Marcos. *As leis sobre a prostituição em vários países europeus*. Disponível em: <<http://jornalggn.com.br/noticia/as-leis-sobre-prostituicao-em-diversos-paises-europeus>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

exploração sexual e estabelece que a apropriação de valor maior que 50 % do valor da remuneração dos serviços sexuais configura a prática de exploração sexual. Observa-se aqui que o PL atendeu aos pedidos das Associações ao utilizar o termo “profissionais do sexo”.<sup>14</sup>

O PL propõe que haja uma relação de trabalho diferente da relação de emprego, onde as profissionais não estariam sujeitas a ordens de um superior, não teriam carteira assinada, ou seja, não gozariam dos mesmos direitos de quem tem a CTPS registrada, mas teriam acesso às questões previdenciárias e teriam o auxílio da justiça para serem remuneradas pelos seus serviços. O projeto prevê o exercício da profissão como profissional autônomo ou exercido em cooperativa e prevê ainda a possibilidade de aposentadoria após 25 anos de profissão.<sup>15</sup>

Existe um grande debate acerca da regulamentação da prostituição no Brasil. Nesse debate há um grande envolvimento de grupos religiosos, de grupos feministas e até de cidadãos comuns. São diversos os argumentos listados tanto na vedação quanto na regulamentação, dentre os quais se destacam o acesso à justiça, a regulamentação de garantias trabalhistas, a proliferação de doenças venéreas a até o enriquecimento dos agentes da prostituição.<sup>16</sup>

Pagu e Rocha defendem que “o PL significa um retrocesso na luta pela libertação da mulher e contribui para a expansão da indústria do sexo e do tráfico de mulheres, na medida em que descriminaliza e legaliza a exploração sexual” Ressaltam que se prostituir e pagar por esse serviço não é crime no país, essa prática só é crime nas casas de prostituição e de exploração sexual e

---

<sup>14</sup> BRASIL. *Projeto de Lei n. 4211/2012*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=551899>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

<sup>15</sup> BRASIL. *Projeto de Lei n. 4211/2012*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=551899>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

<sup>16</sup> ENTENDA o projeto de lei de regulamentação da prostituição. *JusBrasil*. Disponível em: <[http://examedaoab.jusbrasil.com.br/noticias/378596728/entenda-o-projeto-de-lei-de-regulamentacao-da-prostituicao?ref=topic\\_feed](http://examedaoab.jusbrasil.com.br/noticias/378596728/entenda-o-projeto-de-lei-de-regulamentacao-da-prostituicao?ref=topic_feed)>. Acesso em: 29 nov. 2016..

que acreditam que a regularização da prostituição iria tornar institucionalizada a exploração sexual.<sup>17</sup>

A regularização da profissão traria diversos benefícios para as profissionais do sexo, entre eles: auxílio-doença, aposentadoria, licença-maternidade, etc. Além do mais, acredita-se que reduziria as violências que sofrem de cafetões, tendo em vista que poderiam recorrer à justiça para garantir seus direitos de trabalhadores.

Porém, em todas as sociedades as questões comportamentais, entre elas as relacionadas ao sexo, são diretamente influenciadas pelos dogmas e pelos preceitos religiosos. Por isso é importante apresentar uma visão sintética de como a prostituição é vista em algumas religiões.

Para tanto, apresenta-se a seguir algumas considerações expostas por Haddad<sup>18</sup>:

No Cristianismo, a prostituição é considerada como uma "imoralidade sexual" e um ato em função apenas do prazer, também conhecido como carne, e por isso, muitas vezes condenado por Jesus Cristo e por Paulo em suas cartas às igrejas, encontradas na Bíblia dos cristãos. Mas de forma alguma as prostitutas são vistas como pessoas más e que merecem punição, vemos isso no episódio da prostituta que seria apedrejada pelo povo e Jesus, apenas com palavras, mostrou que assim com ela, todos eles erravam e não tinham o direito de julgá-la.

O islamismo é a única religião que contém perversões sexuais escritas em sua própria fonte de tradição. Para o mulçumano, não é errado o casamento somente pelo prazer. Conhecido como mutah, basta ambos concordarem com este termo, no qual estarão casados por apenas 1 hora e terão relação sexual neste período. O que no islamismo é considerado casamento, nas outras religiões, em sua maioria, é considerado prostituição.

Os umbandistas acreditam que a prostituição não traz frutos positivos para a mulher, mas que cada uma delas tem livre arbítrio sobre seu corpo e suas escolhas.

<sup>17</sup> ROCHA, Raíza; PAGU, Ana. *Em defesa das prostitutas, contra a regulamentação da prostituição*. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/node/12236/>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

<sup>18</sup> HADDAD, Luiza. *A prostituição e as religiões*. Disponível em: <<https://prezi.com/z1q8xnsofhu/a-prostituicao-e-as-religoes/>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

Nos textos indianos e tibetanos, o sexo com prostitutas é perfeitamente aprovado, mesmo para homens casados, desde que paguem à prostituta. Uma prostituta é uma parceira imprópria apenas se ela pertencer à outra pessoa e se você não pagar por ela.

Além disso, as traduções chinesas adicionaram as amantes alheias como parceiras impróprias. Isto implica que é perfeitamente aceitável que um homem casado tenha sexo com as suas próprias amantes. E entre os tibetanos, é perfeitamente aceitável ter-se mais que uma esposa ou que um marido.

## 4 PROSTITUIÇÃO INFANTIL

É importante diferenciar prostituição de exploração sexual. Lima ressalta que o termo prostituição remete à ideia de sexo consensual e, nos casos das crianças adolescentes, é claro que não existe consensualidade, uma vez que elas são consideradas por lei como incapazes.<sup>19</sup>

A UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância), instituição da Organização das Nações Unidas – ONU, relata que, a cada hora, 228 meninos e meninas são explorados sexualmente na América Latina e Caribe. Com base nos dados fornecidos do Disque 100 (serviço do governo federal de denúncia a esse crime), no Brasil foram registrados cerca de cinco casos por dia entre 2003 e 2008.<sup>20</sup>

A exploração sexual de crianças e adolescentes é crime conforme previsto no artigo 218-B do Código Penal. Além disso, é tutelado também pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança nos artigos 34 e 35. Por fim, existe o Protocolo Opcional derivado da Convenção em que apontam diretrizes para os países serem capazes de erradicar com a exploração sexual,

---

<sup>19</sup> LIMA, Antonio Marcos de Oliveira. *Não é prostituição infantil, é exploração sexual da criança!* Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36941/nao-e-prostituicao-infantil-e-exploracao-sexual-da-crianca>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

<sup>20</sup> FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. *Exploração sexual de meninos e meninas: rompamos o silêncio!* Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/media\\_13759.html](https://www.unicef.org/brazil/pt/media_13759.html)>. Acesso em: 12 dez. 2016.

ou seja, o uso de crianças e adolescentes por dinheiro ou qualquer outra forma de pagamento.<sup>21</sup>

Em 2014, o Disque 100 da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República recebeu 5,4 mil denúncias de exploração sexual infanto-juvenil no país, sendo que só no primeiro semestre de 2015 foi o principal motivo de denúncias de direitos humanos.<sup>22</sup>

Assim, tendo em vista que a exploração sexual de menores é crime e extremamente prejudicial às crianças e adolescentes, não há que se falar em regulamentação desse ato e apenas da prostituição de homens e mulheres adultos.

## 5 CONCLUSÃO

A prostituição a nível mundial é praticada predominantemente por mulheres, e ocorre em grande escala inclusive em países onde a prática é considerada criminosa. No Brasil, a prostituição não é considerada crime, mas práticas consideradas como rufianismo são, ou seja, é crime obter lucro mediante exploração sexual.

A Europa é bastante diversificada no que tange à legislação sobre o assunto. Alguns países autorizam a prática, mas proíbem o proxenetismo. Os países que regulamentam o funcionamento de bordéis e prostíbulos, geralmente requerem o licenciamento das casas, enquanto outros países são mais intolerantes, como a Eslovênia que considera a atividade ilegal sob todos seus aspectos e na Bélgica, onde a exploração sexual é punida com pena máxima.

---

<sup>21</sup> FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. *Relatório da participação dos adolescentes no III Congresso Mundial de Enfrentamento da Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes*. Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_17153.html](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_17153.html)>. Acesso em: 12 dez. 2016. p. 9-10.

<sup>22</sup> VILLELA, Flávia. *Exploração sexual de crianças e adolescentes só tem 20% dos casos denunciados*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2015-12/apenas-20-dos-casos-de-exploracao-sexual-de-criancas-e-adolescentes>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

O PL 4.211/12 é um projeto curto, constituído de apenas seis artigos e visa a regulamentação da atividade. O PL apresenta o rol das práticas que seriam caracterizadas como exploração sexual, trazendo vedações e permissões. O projeto de lei prevê a regulamentação da atividade de forma a criar vínculo de trabalho e não de emprego entre as profissionais e seus agentes com o intuito de não haver subordinação das profissionais, o que as desobrigariam a terem práticas sexuais quando não quisessem.

A regulamentação da prostituição no Brasil, há muito em tramitação na Câmara de Deputados, é tema polêmico que deve ser encarado pela sociedade brasileira na busca de reduzir os efeitos danosos da marginalidade em que se encontram essas “profissionais do sexo”.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Projeto de Lei n. 4211/2012**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=551899>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

CASTRO, Alyne Almeida. **A prostituição no Brasil e o debate em torno da regulamentação da profissão**. Disponível em: <[http://bdm.unb.br/bitstream/10483/13063/1/2015\\_AlyneAlmeidaCastro.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/13063/1/2015_AlyneAlmeidaCastro.pdf)>. Acesso em: 28 nov 2016.

CHIAPAS, Marcos. **As leis sobre a prostituição em vários países europeus**. Disponível em: <<http://jornalggn.com.br/noticia/as-leis-sobre-prostituicao-em-diversos-paises-europeus>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

ENTENDA o projeto de lei de regulamentação da prostituição. **JusBrasil**. Disponível em: <[http://examedaoab.jusbrasil.com.br/noticias/378596728/entenda-o-projeto-de-lei-de-regulamentacao-da-prostituicao?ref=topic\\_feed](http://examedaoab.jusbrasil.com.br/noticias/378596728/entenda-o-projeto-de-lei-de-regulamentacao-da-prostituicao?ref=topic_feed)>. Acesso em: 29 nov. 2016.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. **Exploração sexual de meninos e meninas: rompamos o silêncio!** Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/media\\_13759.html](https://www.unicef.org/brazil/pt/media_13759.html)>. Acesso em: 12 dez. 2016.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. **Relatório da participação dos adolescentes no III Congresso Mundial de Enfrentamento da Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes**. Disponível em:

<[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_17153.html](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_17153.html)>. Acesso em: 12 dez. 2016.

HADDAD, Luiza. **A prostituição e as religiões**. Disponível em: <<https://prezi.com/z1q8xnls0fhu/a-prostituicao-e-as-religioes/>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

LIMA, Antonio Marcos de Oliveira. **Não é prostituição infantil, é exploração sexual da criança!** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36941/nao-e-prostituicao-infantil-e-exploracao-sexual-da-crianca>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

MEIHY, José Carlos Sebe B. **Prostituição à brasileira: cinco histórias**. São Paulo: Contexto, 2015.

ROCHA, Raíza; PAGU, Ana. **Em defesa das prostitutas, contra a regulamentação da prostituição**. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/node/12236/>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

SOUSA, Rainer. **A prostituição na Antiguidade**. Disponível em: <<http://historiadomundo.uol.com.br/idade-antiga/a-prostituicao-na-antiguidade.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

SPOSITO, Camila. **Prostituição regulamentada: por que não?** Disponível em: <<http://outraspalavras.net/blog/2016/07/05/prostituicao-regulamentada-por-que-nao/>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

VILLELA, Flávia. **Exploração sexual de crianças e adolescentes só tem 20% dos casos denunciados**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2015-12/apenas-20-dos-casos-de-exploracao-sexual-de-criancas-e-adolescentes>>. Acesso em: 12 dez. 2016.



# O PAPEL SOCIAL DA MULHER E SUA PARTICIPAÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO BRASILEIRO

Amanda Cancherini Lefone<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo busca discutir o papel social da mulher e sua participação no mercado de trabalho brasileiro. Para melhor compreensão, inicia conceituando os termos “sexo” e “gênero”, com sexo representando os componentes físicos e biológicos dos indivíduos e gênero um conceito social, dependente da sociedade e dos costumes de cada lugar. Discorre sobre o papel social histórico da mulher como a cuidadora do marido e dos filhos, comportamento presente inclusive nas famílias burguesas, sendo que apenas as mulheres mais pobres, por falta de opção, trabalhavam para garantir o sustento próprio e de sua família. A seguir apresenta as medidas protetivas ao trabalho da mulher, como a determinação constitucional de que todos têm direito ao mesmo salário, sem distinção em razão do sexo, cor, idade, ou estado civil, o que é reafirmado na Consolidação das Leis do Trabalho, que considera, ainda: de ordem pública a adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres, não justificando, em hipótese alguma, a redução de salário e a vedação de serviço que exige o uso de força muscular superior a 20 quilos para o trabalho contínuo ou 25 quilos para o trabalho ocasional. Destaca que uma das principais proteções adotadas no Brasil é da maternidade, com a vedação, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da dispensa arbitrária ou sem justa causa das empregadas gestantes do momento da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. São comentados, também, casos específicos como a estabilidade da empregada doméstica e da mulher em caso de aborto não criminoso. A autora questiona se a necessária proteção às mulheres no mercado de trabalho, com a estabilidade à gestante, não estaria causando um prejuízo maior às mulheres, com o empregador evitando contratá-las. É observado que o serviço público permite maiores possibilidades às mulheres, visto que predomina o mérito ao invés do sexo e que, embora a Lei nº 9.504/97 estabeleça mínimo de 30% de reserva às mulheres em cada partido, há críticas de que essa reserva só garante a candidatura, mas não sua eleição. O artigo apresenta gráficos mostrando: dados, por sexo, com o número de concluintes em cursos de graduação presencial, de ensino fundamental e de ensino médio; a composição funcional por sexo das 500 principais empresas no Brasil em 2015;

---

<sup>1</sup> Advogada. Aluna do curso de pós-graduação lato sensu em Direito do Trabalho e Previdenciário do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

e os resultados de uma pesquisa de ações afirmativas incentivando a participação de mulheres em diversos cargos hierárquicos, realizada pelo Instituto ETHOS.

**Palavras-chave:** Papel social da mulher. Questão de gênero. Mercado de trabalho.

## ABSTRACT

This article discusses the social role of women and her participation in the Brazilian labor market. For a better understanding, it begins by conceptualizing the terms "sex" and "gender", with sex representing the physical and biological components of individuals and gender as a social concept, dependent on society and the customs of each place. It discusses the historical social role of women as the caretaker of their husbands and their children, a behavior that is present even in bourgeois families and only the poorest women, due to lack of choice, worked to guarantee their own and their families' livelihoods. The following presents the protective measures to women's work, such as the constitutional determination that everyone is entitled to the same salary, without distinction based on sex, color, age, or marital status, which is reaffirmed in the Consolidation of Labor Laws, which also considers: as of public order the adoption of measures to protect women's work, not justifying, under any circumstances, the reduction of wages and the prohibition of services that requires the use of muscular force over 20 kilos for continuous work or 25 kilos for casual work. It emphasizes that one of the main protections adopted in Brazil is maternity, with the prohibition of arbitrary or unjustified dismissal of pregnant employees from the time of confirmation of pregnancy up to five months after giving birth in the Transitional Constitutional Provisions Act. Also discussed are specific cases such as the stability of the housekeeper and the woman in case of non-criminal abortion. The author questions if the necessary protection for women in the labor market, with the stability of the pregnant woman, would not be causing a greater loss to women, with the employer avoiding hiring them. It is observed that the public service allows greater possibilities for women, since it predominates the merit instead of the sex and that, although Law nº 9.504 / 97 establishes a minimum of 30% of reserve to the women in each party, there are critics that this reservation only guarantees the candidacy, but not your election. The article presents graphs showing: data, by sex, with the number of graduates attending undergraduate, elementary and high school courses; the functional composition by sex of the top 500 companies in Brazil in 2015; and the results of an affirmative action research encouraging the participation of women in various hierarchical positions held by the ETHOS Institute.

**Key words:** The social role of women. Gender issue. Job Market.

## 1 INTRODUÇÃO

As mulheres costumam ser tratadas como sendo do “sexo frágil”, mais emotivas e de menor vigor físico para trabalhos pesados, além de ser historicamente atribuída a elas a função de cuidar do marido e dos filhos. Assim, começaram a ingressar no mercado de trabalho pelas atividades domésticas (lavar, passar, cozinhar, ensinar, etc.) e/ou pelas atividades de mão de obra escassa em um determinado setor.<sup>2</sup> Porém, apesar dos obstáculos e discriminações, é constante o crescimento das mulheres no mercado de trabalho.

Essa maior participação das mulheres no mercado de trabalho reforça a necessidade de o Estado e a sociedade tutelarem medidas protetivas para garantir o ingresso e a remuneração igualitários das mulheres nas profissões que exercerem. Mesmo com as ações afirmativas estabelecidas pelo Estado e aplicadas por algumas empresas, as estatísticas ainda apontam grande desafio às mulheres que buscam o reconhecimento pela sua qualificação profissional e não pelo sexo biológico.

## 2 SEXO E GÊNERO

Ao longo da história, e ainda hoje em algumas culturas, às mulheres são reservados papéis domésticos e secundários, de subordinação aos homens e com poucos direitos e possibilidades de acesso a atividades profissionais. Pertencentes à mesma espécie humana, homens e mulheres podem se distinguir quanto ao sexo e ao gênero.<sup>3</sup>

Importante esclarecer os conceitos dos termos “sexo” e “gênero”. O termo sexo representa os componentes físicos e biológicos dos indivíduos e gênero é um conceito social (aquilo que a sociedade estabeleceu como do

---

<sup>2</sup> INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL. *Perfil social, racial e de gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas*. Disponível em: <<https://www3.ethos.org.br/cedoc/perfil-social-racial-e-de-genero-das-500-maiores-empresas-do-brasil-e-suas-acoes-afirmativas/#.WD9gKFz3hQ9>>. Acesso em: 01 dez. 2016. p. 20.

<sup>3</sup> SANTOS, Jean Carlo Silva dos; ANTUNES, Elaine Di Diego. Relações de gêneros e liderança nas organizações: rumo a um estilo andrógino de gestão. *Revista Gestão Contemporânea*, Porto Alegre, v. 10, n. 14, p. 35-60, jul./dez. 2013. p. 39.

homem e da mulher). Santos e Antunes ressaltam então que gênero é um termo muito mais amplo que abrange diversas formas de relações sociais, organizações e doutrinas e defendem que as diferenças de gêneros (feminino e masculino) ocasionaram várias diferenças sociais, impactando na inserção da mulher no mercado de trabalho mediante diversos estereótipos de o homem ser superior à mulher.<sup>4</sup>

Logo, por ser uma construção social, o gênero vai depender da sociedade e dos costumes de cada lugar, sendo conceituado por alguns autores como a desnaturalização do sexo (determinadas características biológicas do indivíduo). Sendo assim, “as mulheres são vistas como passivas atribuindo-lhes as qualidades como paciência, fragilidade, emoção, enquanto as qualidades ativas como agressividade, força, dinamismo, que caracterizam o masculino”.<sup>5</sup>

### 3 PAPEL SOCIAL DA MULHER

É tradicional o estereótipo do homem como o “provedor” da família e da mulher como a cuidadora do marido e filhos, comportamento presente inclusive nas famílias burguesas. Porém, as mulheres mais pobres não tinham opção senão trabalhar para garantir o sustento próprio e de sua família. Assim, o trabalho feminino não era bem visto na sociedade, pois remetia a uma situação de pobreza.<sup>6</sup>

Ocorre que muitas mulheres não tinham outra opção senão trabalhar, pois tinham que cuidar de suas famílias e o dinheiro que o marido provia não era o suficiente (isto se fossem casadas). Foi surgindo então, como argumento para a mulher permanecer em casa, o fato de ela ter que zelar pela família e

<sup>4</sup> SANTOS, Jean Carlo Silva dos; ANTUNES, Elaine Di Diego. Relações de gêneros e liderança nas organizações: rumo a um estilo andrógino de gestão. *Revista Gestão Contemporânea*, Porto Alegre, v. 10, n. 14, p. 35-60, jul./dez. 2013. p. 39-40.

<sup>5</sup> SANTANA, Vagner Caminhas; BENEVENTO, Claudia Toffano. *O conceito de gênero e suas representações sociais*. Disponível em: <<http://www.efdeportes.com/efd176/o-conceito-de-genero-e-suas-representacoes-sociais.htm>>. Acesso em: 04 dez. 2016.

<sup>6</sup> KAMADA, Fabiana Larissa. *Licença-paternidade ampliada: um caminho para a igualdade de gênero na divisão do trabalho*. Osasco: EDIFIEO, 2012. Disponível em: <[www.unifieo.br/pdfs/Coloquio\\_Volume\\_1.pdf#page=61](http://www.unifieo.br/pdfs/Coloquio_Volume_1.pdf#page=61)>. Acesso em: 01 dez. 2016. p. 62-63.

cuidar da prole, ou seja, o trabalho iria impedir que ela se dedicasse à criação de seus filhos.<sup>7</sup>

Normalmente, a mulher era treinada para trabalhar exercendo atividades domésticas (cozinhar, passar, costurar, etc.) e durante a Revolução Industrial foi empregada sua mão de obra para as fábricas principalmente para tecelagem e fiação, deixando as demais atividades (metalúrgica e mecânica, por exemplo) aos homens.<sup>8</sup>

**Quadro 1** - O papel social da mulher na legislação brasileira.

O PAPEL SOCIAL DA MULHER NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	
Código Civil de 1916	As mulheres casadas eram consideradas incapazes, juntamente com os menores entre 17 e 21 anos, pródigos e silvícolas.
	O homem possuía a representação legal para administrar os bens da mulher, podendo determinar a profissão e domicílio da mulher.
	A mulher assumia a condição de companheira através do casamento, bem como consorte e auxiliar nos encargos da família.
Consolidação das Leis do Trabalho	Cabia ao marido ou pai a opção de requerer a rescisão do contrato de trabalho da mulher em situações em que o trabalho ameaçasse os vínculos familiares ou em manifesto perigo às condições típicas da mulher.

Fonte adaptada: KAMADA, 2012.

Percebe-se pelo quadro 1 que por muito tempo foi legitimado no Brasil o papel social da mulher como companheira e responsável em cuidar da criação dos filhos, incluindo também a subordinação ao marido e/ou pai.

<sup>7</sup> KAMADA, Fabiana Larissa. *Licença-paternidade ampliada: um caminho para a igualdade de gênero na divisão do trabalho*. Osasco: EDIFIEO, 2012. Disponível em: <[www.unifio.br/pdfs/Coloquio\\_Volume\\_1.pdf#page=61](http://www.unifio.br/pdfs/Coloquio_Volume_1.pdf#page=61)>. Acesso em: 01 dez. 2016. p. 63.

<sup>8</sup> KAMADA, Fabiana Larissa. *Licença-paternidade ampliada: um caminho para a igualdade de gênero na divisão do trabalho*. Osasco: EDIFIEO, 2012. Disponível em: <[www.unifio.br/pdfs/Coloquio\\_Volume\\_1.pdf#page=61](http://www.unifio.br/pdfs/Coloquio_Volume_1.pdf#page=61)>. Acesso em: 01 dez. 2016. p. 63.

Para melhor elucidar o papel da mulher visto pela sociedade, destaca-se a fala de Bevilacqua na Comissão da Câmara dos Deputados:

Em tudo aquillo que exigir mais larga e mais intensa manifestação de energia intellectual, moral e physica, o homem será mais apto do que a mulher; mas, em tudo aquillo em que se exigir dedicação, persistência, desenvolvimento emocional delicado, o homem não se póde equiparar á sua companheira.<sup>9</sup>

Assim, é muito comum e enraizado na cultura brasileira e em outras, que mulher é o sexo mais frágil, sendo mais emotiva e despreparada para assumir cargos de gestão, por exemplo; e o homem é o sexo mais forte, com maior capacidade intelectual e controle emocional para exercer qualquer trabalho desejado.

#### 4 TRABALHO DA MULHER E MEDIDAS PROTETIVAS

Sergio Pinto Martins afirma que “só deveria haver tratamento especial para a mulher com condições que lhe são peculiares, como gravidez, amamentação e levantamento de pesos. No mais, a mulher deveria ter o mesmo tratamento que o homem”.<sup>10</sup> Porém, existem muitas atividades profissionais que atualmente são consideradas tipicamente femininas, pois abarcam características conceituadas como da natureza feminina como, por exemplo, educar, cuidar e organizar. Assim, as carreiras de enfermeiras, vendedoras, professoras e empregadas domésticas são trabalhos dominados pelas mulheres.<sup>11</sup>

A determinação de trabalhos “típicos” de mulheres restringe as opções de emprego e sujeita-as à aceitação do exercício de profissões com menor remuneração em relação aos homens e subalternas. Além disso, o fato da sociedade ver como papel da mulher o de criar e cuidar da família torna maior a

<sup>9</sup> KAMADA, Fabiana Larissa. *Licença-paternidade ampliada: um caminho para a igualdade de gênero na divisão do trabalho*. Osasco: EDIFIEO, 2012. Disponível em: <[www.unifio.br/pdfs/Coloquio\\_Volume\\_1.pdf#page=61](http://www.unifio.br/pdfs/Coloquio_Volume_1.pdf#page=61)>. Acesso em: 01 dez. 2016. p. 64.

<sup>10</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Fundamentos de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015. p. 135.

<sup>11</sup> KAMADA, Fabiana Larissa. *Licença-paternidade ampliada: um caminho para a igualdade de gênero na divisão do trabalho*. Osasco: EDIFIEO, 2012. Disponível em: <[www.unifio.br/pdfs/Coloquio\\_Volume\\_1.pdf#page=61](http://www.unifio.br/pdfs/Coloquio_Volume_1.pdf#page=61)>. Acesso em: 01 dez. 2016. p. 65.

necessidade da mulher procurar empregos com maior flexibilidade para que possa ter condição de realizar suas atividades profissionais e as domésticas.<sup>12</sup>

Assim, em decorrência das discriminações que as mulheres passam na sociedade para obtenção e permanência no mercado de trabalho, foi necessária a tutela do Estado para garantir condições iguais e protetivas.

A Constituição Federal determina no artigo 7º, inciso XXX, que todos têm direito ao mesmo salário, sendo vedada a distinção em razão do sexo, cor, idade, ou estado civil.<sup>13</sup> A Consolidação das Leis do Trabalho reafirma a determinação constitucional vedando qualquer distinção salarial por motivo do sexo. Além disso, o artigo 377 da CLT afirma que “A adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres é considerada de ordem pública, não justificando, em hipótese alguma, a redução de salário.”<sup>14</sup>

O capítulo III CLT versa sobre a proteção do trabalho da mulher e estabeleceu a obrigatoriedade do gozo de intervalo de 15 minutos antes de iniciar a hora extra, conforme previsto no artigo 384. Porém, com o advento da Constituição Federal em 1988 surgiu o debate se este intervalo previsto em especial para a mulher não feria a constituição e o princípio da isonomia.

O entendimento pacificado no Tribunal Superior do Trabalho é que a Constituição recepcionou a medida protetiva ao trabalho da mulher prevista no artigo 384 da CLT:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. TRABALHO DA MULHER. INTERVALO ANTECEDENTE À JORNADA SUPLEMENTAR. ART. 384 DA CLT. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1. Em 17/11/2008, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, ao julgar o Incidente de Inconstitucionalidade em Recurso de Revista nº TST-IIN-RR-1540/2005-046-12-00-5, **consolidou o**

<sup>12</sup> KAMADA, Fabiana Larissa. *Licença-paternidade ampliada: um caminho para a igualdade de gênero na divisão do trabalho*. Osasco: EDIFIEO, 2012. Disponível em: <[www.unifiefio.br/pdfs/Coloquio\\_Volume\\_1.pdf#page=61](http://www.unifiefio.br/pdfs/Coloquio_Volume_1.pdf#page=61)>. Acesso em: 01 dez. 2016. p. 65.

<sup>13</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2016.

<sup>14</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2016.

**entendimento de que a norma inscrita no art. 384 da CLT foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. 2. Consagrou-se, assim, a tese de que tal dispositivo de lei, que se destina à proteção do trabalho da mulher, não ofende o princípio da isonomia, mas visa a minorar os efeitos das desigualdades inerentes à jornada de trabalho da mulher em relação à do homem. 3. Subsiste, portanto, a obrigatoriedade de concessão do intervalo para descanso de 15 (quinze) minutos antes da prorrogação da jornada de trabalho da mulher. 4. Agravo de instrumento da Reclamada de que se conhece e a que se nega provimento. (Grifo nosso)<sup>15</sup>**

A CLT previa também a proibição do trabalho da mulher em locais subterrâneos e nas atividades consideradas perigosas e insalubres, mas esta determinação foi revogada pela Medida Provisória nº 89 de 1989. Atualmente, não existe restrição para o desempenho dessas atividades laborais.<sup>16</sup>

Também é utilizada como proteção ao trabalho da mulher a previsão do artigo 390 da CLT que veda o serviço que exige o uso de força muscular superior a 20 quilos para o trabalho contínuo ou 25 quilos para o trabalho ocasional, não incluindo a remoção de material através de impulsão ou tração de qualquer aparelho mecânico.<sup>17</sup>

Porém, uma das principais proteções adotadas no Brasil é à maternidade. O artigo 10, inciso II, alínea b do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determina que seja vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa das empregadas gestantes do momento da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.<sup>18</sup>

O objetivo do legislador foi evitar a demissão das mulheres em decorrência da gestação, cuidado já tutelado no artigo 391 da CLT; e que as

<sup>15</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. *AIRR nº 0001209-88.2012.5.02.0038*. Quarta Turma. Relator: Ministro João Oreste Dalazen. Disponível em:

<<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=5610&anoInt=2007>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

<sup>16</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2016.

<sup>17</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2016.

<sup>18</sup> BRASIL. *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 10 dez. 2016.



mulheres não sofressem discriminação pela condição que se encontravam e para que não houvesse a dispensa no momento em que mais necessitavam da remuneração.<sup>19</sup>

Vólia ressalta que “o empregador, mesmo que desconheça o estado gravídico da empregada, não pode demiti-la, porque sua responsabilidade é objetiva”, sendo este entendimento previsto na Súmula 244, I do TST. Além disso, o entendimento jurisprudencial majoritário é que a empregada faz jus à reintegração ou indenização a partir da concepção (baseado na responsabilidade objetivo do empregador), inclusive se a concepção ocorrer no transcurso do aviso prévio.<sup>20</sup>

Apenas destacamos que a empregada doméstica faz jus à estabilidade também, mas somente terá direito à reintegração se o empregador permitir, tendo em vista que a casa é o asilo inviolável. Assim, se o empregador não concordar com a reintegração, a empregada doméstica gestante terá direito ao pagamento da indenização.<sup>21</sup>

Em caso de aborto não criminoso, o artigo 395 da CLT prevê à mulher o direito ao repouso remunerado de duas semanas, não cabendo então a estabilidade de cinco meses após o parto. Já no caso de o bebê falecer após o parto divide a doutrina e jurisprudência. A primeira corrente entende que como houve parto, independe se foi com ou sem vida, pois a realização do parto é o fato gerador da estabilidade. Porém, a segunda corrente iguala o nascimento sem vida ao aborto, fazendo jus somente a duas semanas de repouso remunerado e não à estabilidade. Vólia defende a segunda corrente, pois o nascimento sem vida vai causar impactos à mulher tanto físicos quanto psicológicos e, além do mais, quem garante a licença-maternidade é a própria

<sup>19</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 1145.

<sup>20</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

<sup>21</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 1148-1151.

previdência e assim não haveria motivo para a empresa não conceder a estabilidade.<sup>22</sup>

Por fim, nota-se a necessidade de uma proteção específica às mulheres no mercado de trabalho, porém, é possível que a estabilidade gestante cause um prejuízo maior à empregada, pois o empregador pode evitar contratar mulher sabendo que posteriormente, no caso de gravidez, ela terá direito à licença-maternidade e à estabilidade por cinco meses após o parto.

A aprovação do Estatuto do Serviço Público em 1938 concedeu maiores possibilidades às mulheres para ingressar no serviço público, tendo em vista que predomina o mérito ao invés do sexo. Além disso, a Lei nº 9.504/97 que estabelece normas para as eleições determina mínimo de 30% de reserva às mulheres em cada partido, no entanto, Kamada critica que essa reserva só garante a candidatura, mas não sua eleição.<sup>23</sup>

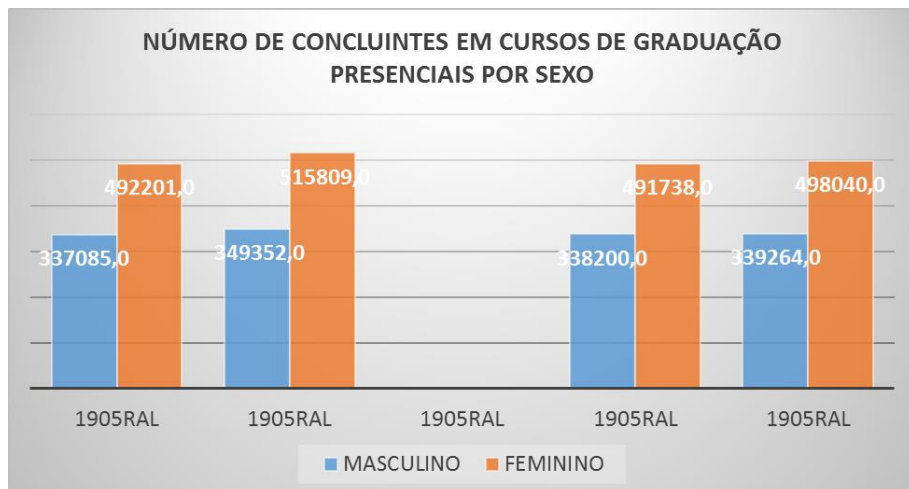
## 5 ESTATÍSTICAS

Conforme os gráficos abaixo, a mulher tem maior preparo e educação superior em relação ao homem no país, bem como está em constante evolução em busca de aperfeiçoamento. Além disso, a mulher é o sexo que mais conclui os ensinos fundamental e médio no Brasil.

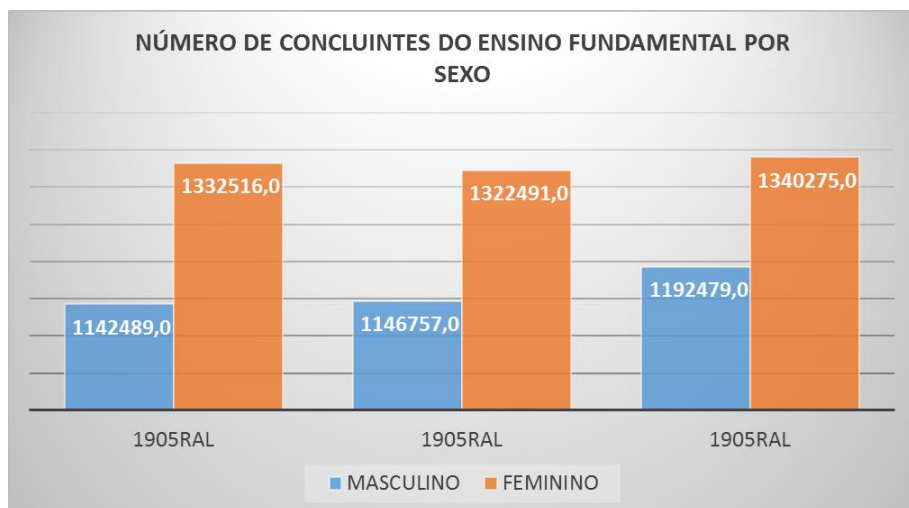
---

<sup>22</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 1148-1150.

<sup>23</sup> KAMADA, Fabiana Larissa. *Licença-paternidade ampliada: um caminho para a igualdade de gênero na divisão do trabalho*. Osasco: EDIFIEO, 2012. Disponível em: <[www.unifieo.br/pdfs/Coloquio\\_Volume\\_1.pdf#page=61](http://www.unifieo.br/pdfs/Coloquio_Volume_1.pdf#page=61)>. Acesso em: 01 dez. 2016. p. 67.

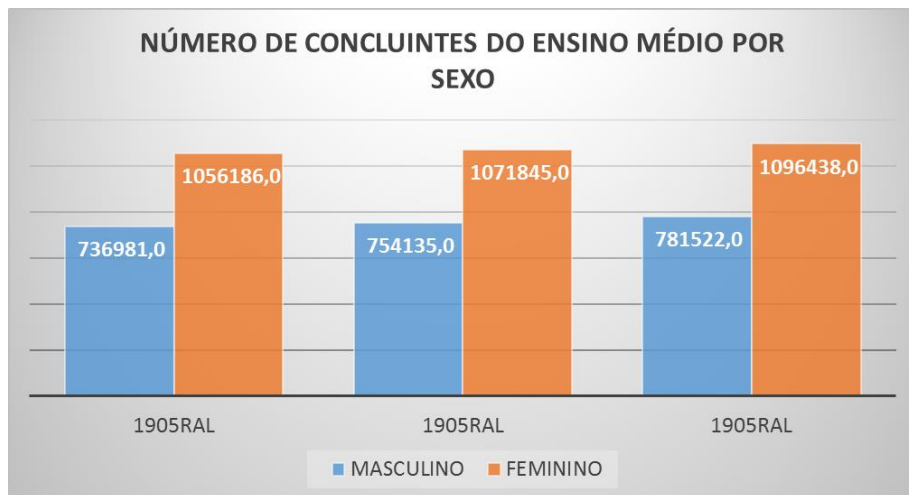
**Gráfico 1** – Número de concluintes em cursos de graduação presenciais por sexo.

Fonte adaptada: IBGE.

**Gráfico 2** – Número de concluintes do ensino fundamental por sexo.

Fonte adaptada: IBGE.

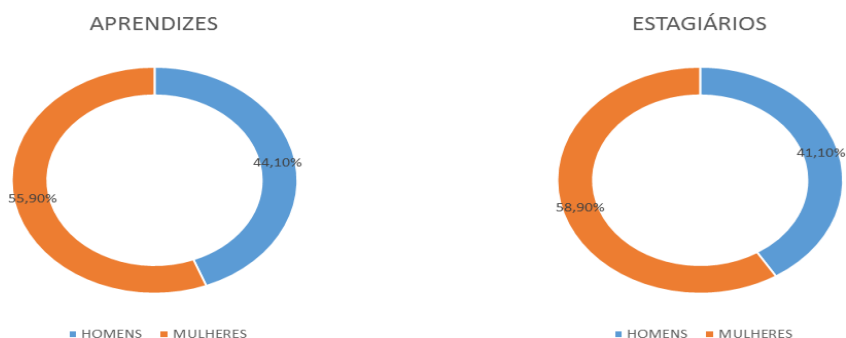
**Gráfico 3** – Número de concluintes do ensino médio por sexo.



Fonte adaptada: IBGE.

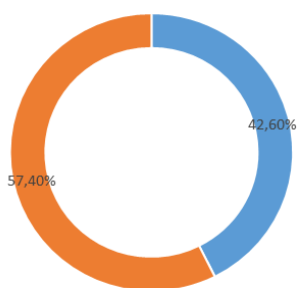
Percebe-se pelo gráfico 4 que apesar do constante crescimento da mulher no mercado de trabalho, quanto maior o nível da função, menor é a participação da mulher. É o que o Instituto ETHOS chama de afunilamento hierárquico no quadro de funcionários das maiores empresas no Brasil, ou seja, ocorre “menor inclusão de mulheres à medida que aumentam as atribuições de comando”.<sup>24</sup>

**Gráfico 4** – Composição funcional por sexo das 500 principais empresas no Brasil em 2015



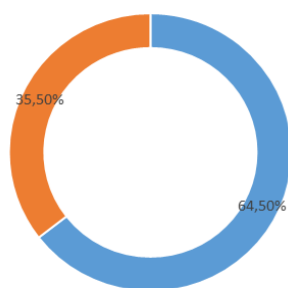
<sup>24</sup> INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL. *Perfil social, racial e de gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas*. Disponível em: <<https://www3.ethos.org.br/cedoc/perfil-social-racial-e-de-genero-das-500-maiores-empresas-do-brasil-e-suas-aco-es-afirmativas/#.WD9gKFz3hQ9>>. Acesso em: 01 dez. 2016. p. 17.

TRAINEES



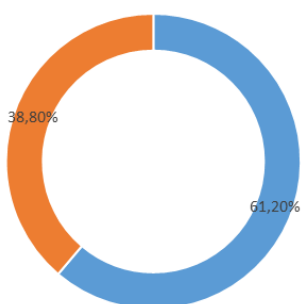
■ HOMENS ■ MULHERES

QUADRO FUNCIONAL



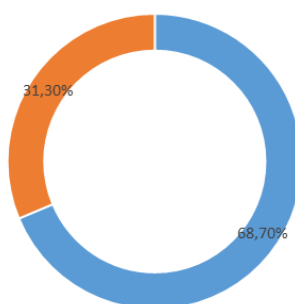
■ HOMENS ■ MULHERES

SUPERVISÃO



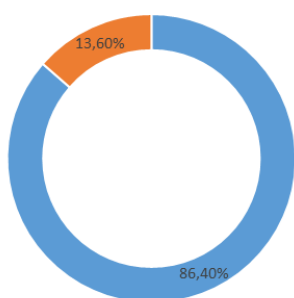
■ HOMENS ■ MULHERES

GERÊNCIA



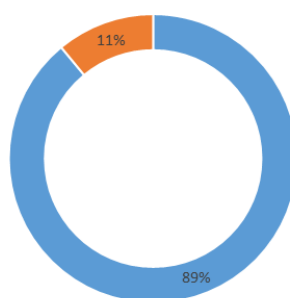
■ HOMENS ■ MULHERES

QUADRO EXECUTIVO



■ HOMENS ■ MULHERES

CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO

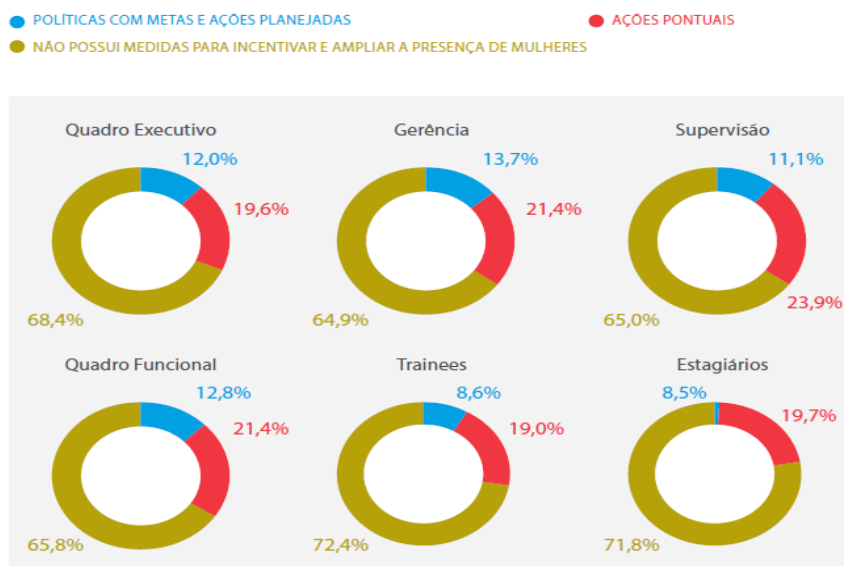


■ HOMENS ■ MULHERES

Fonte adaptada: INSTITUTO ETHOS, Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social.

O Instituto ETHOS também fez uma pesquisa de ações afirmativas incentivando a participação de mulheres em diversos cargos hierárquicos. O gráfico abaixo demonstra a existência de ações pontuais e/ou políticas com metas e ações planejadas para ampliar e incentivar a presença das mulheres nas empresas. Percebe-se que a maioria não investe em ações afirmativas.

**Gráfico 5 – Ações afirmativas de incentivo às mulheres nas empresas**



Fonte: INSTITUTO ETHOS, Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social.

Importante destacar também que 52% das empresas afirmaram estabelecer programas de capacitação profissional que busquem qualificar as mulheres para exercerem postos laborais não ocupados tradicionalmente por elas ou também de um nível hierárquico maior. Porém, apenas 28% estabelecem metas e ações para reduzir as diferenças salariais entre os sexos. Assim, existe o estímulo a evoluir profissionalmente, mas com a remuneração salarial menor do que os homens.<sup>25</sup>

Por fim, 36,9% das empresas que participaram da pesquisa do Instituto afirmam que se a proporção de inclusão das mulheres está abaixo do desejado é

<sup>25</sup> INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL. *Perfil social, racial e de gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas*. Disponível em: <<https://www3.ethos.org.br/cedoc/perfil-social-racial-e-de-genero-das-500-maiores-empresas-do-brasil-e-suas-acoes-afirmativas/#.WD9gKFz3hQ9>>. Acesso em: 01 dez. 2016. p. 46.

por causa da falta de preparação das próprias empresas para lidarem com a inclusão feminina.<sup>26</sup>

Assim, fica o reflexo do papel social que as mulheres vêm enfrentando ao longo da história da humanidade, pois apesar de serem as que mais concluem os ensinos fundamental, médio e superior, acabam não recebendo a mesma remuneração salarial ou inclusão em cargos considerados “típicos” do homem.

## 6 CONCLUSÃO

A ideia da mulher como responsável pelos cuidados com a casa, marido e filhos está tão enraizada na cultura brasileira que muitas vezes passa despercebido que, na prática, os direitos de igualdade e isonomia salarial estão sendo violados constantemente.

É muito comum, inclusive entre as mulheres, a noção de obrigação em cuidar e criar os filhos, pois estas têm uma natureza maternal superior à dos homens. Porém, este fato não condiz com a realidade, pois existem diversos pais que criam e educam seus filhos sem ajuda de uma figura materna. Assim, é necessário desconstruir essa cultura estabelecida pela sociedade como o papel da mulher como “doméstica” e “frágil”.

Existe a preocupação pelo Estado de garantir as mesmas condições para a mulher ingressar no mercado de trabalho sem sofrer discriminação de acordo com o sexo, estabelecendo então algumas medidas protetivas (intervalo do artigo 384 da CLT, licença-maternidade e estabilidade gestante, por exemplo).

Ocorre que na prática estes direitos continuam sendo violados e surge para o empregador a escolha entre garantir a isonomia salarial e a não discriminação da mulher ou simplesmente realizar o pagamento da indenização, o que muitas vezes é financeiramente vantajoso.

---

<sup>26</sup> INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL. *Perfil social, racial e de gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas*. Disponível em: <<https://www3.ethos.org.br/cedoc/perfil-social-racial-e-de-genero-das-500-maiores-empresas-do-brasil-e-suas-acoes-afirmativas/#.WD9gKFz3hQ9>>. Acesso em: 01 dez. 2016. p. 46.

Da análise dos dados estatísticos apresentados, pode-se concluir que as medidas protetivas no Brasil para garantir condições igualitárias da mulher no mercado de trabalho não são suficientes e nem sempre eficazes.

Assim, é importante incentivar os empregadores a adotarem mais ações afirmativas que possibilitem que as mulheres exerçam cargos hierárquicos e de gestões, inclusive com a mesma remuneração recebida pelos homens.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2016.

BRASIL. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 11 abr. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. **AIRR nº 0001209-88.2012.5.02.0038**. Quarta Turma. Relator: Ministro João Oreste Dalazen. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=5610&anoInt=2007>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL. **Perfil social, racial e de gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas**. Disponível em: <<https://www3.ethos.org.br/cedoc/perfil-social-racial-e-de-genero-das-500-maiores-empresas-do-brasil-e-suas-acoes-afirmativas/#.WD9gKfZ3hQ9>>. Acesso em: 01 dez. 2016.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. **Sinopse Estatística da Educação Superior - Graduação**. Brasília: Inep, 2016. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/superior-censosuperior-sinopse>>. Acesso em: 11 dez. 2016.



KAMADA, Fabiana Larissa. **Licença-paternidade ampliada**: um caminho para a igualdade de gênero na divisão do trabalho. Osasco: EDIFIEO, 2012. Disponível em: <[www.unifieo.br/pdfs/Coloquio\\_Volume\\_1.pdf#page=61](http://www.unifieo.br/pdfs/Coloquio_Volume_1.pdf#page=61)>. Acesso em: 01 dez. 2016.

MARTINS, Sergio Pinto. **Fundamentos de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015.

SANTANA, Vagner Caminhas; BENEVENTO, Claudia Toffano. **O conceito de gênero e suas representações sociais**. Disponível em: <<http://www.efdeportes.com/efd176/o-conceito-de-genero-e-suas-representacoes-sociais.htm>>. Acesso em: 04 dez. 2016.

SANTOS, Jean Carlo Silva dos; ANTUNES, Elaine Di Diego. Relações de gêneros e liderança nas organizações: rumo a um estilo andrógino de gestão. **Revista Gestão Contemporânea**, Porto Alegre, v. 10, n. 14, p. 35-60, jul./dez. 2013.

# O DISCURSO DE ÓDIO NA SOCIEDADE BRASILEIRA: LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Ana Carla Frazão Vergini<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente trabalho tem por escopo a análise da existência do Discurso do Ódio no Brasil e as possíveis formas de prevenir, conter ou punir atos discriminatórios que ferem o Princípio da dignidade da pessoa humana, a individualidade e a liberdade de expressão. Para isso, serão expostos os princípios que envolvem a questão, bem como os instrumentos legislativos e/ou judiciais que limitariam a prática deste tipo de discurso, a fim de se buscar a aplicação dos Direitos Fundamentais garantidos na Constituição Federal. Ademais será exemplificado alguns casos ocorridos no Brasil, para que se exponha com clareza sobre o que consiste o Hate Speech e o Free Speech. Por fim, o principal objetivo é evidenciar que o Poder Legislativo e Judiciário devem se valer da ponderação de princípios ao beneficiar certas minorias que possam ser alvos do Discurso do Ódio.

**Palavras Chave:** Discurso do ódio. Princípios. Liberdade de expressão. Juízo de ponderação.

## ABSTRACT

This work's scope is to analyze the Hate Speech existence in Brazil and possible ways to prevent, contain or punish discriminatory acts that violate the Principle of the dignity of the human person, individuality and freedom of expression. In order to do so, the principles surrounding the issue, as well as the legislative and / or judicial instruments that would limit the practice of this type of discourse, will be exposed in order to seek the application of the Fundamental Rights guaranteed in the Federal Constitution. In addition will be exemplified some cases occurred in Brazil, so that it is exposed with clarity on what consists Hate Speech and Free Speech. Finally, the main objective is to point out that the Legislative and Judiciary Power should use the weight of principles to benefit certain minorities that may be targets of the Hate Speech.

---

<sup>1</sup> Pós-graduanda em Direito Empresarial e Contratos pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Graduada em Direito pelo UNICEUB. Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento. SEPN 707/907 - Campus do UniCEUB - Asa Norte - Brasília - DF - CEP 70790-075 • Telefone: (61) 3966-1200 • E-mail: [central.atendimento@uniceub.br](mailto:central.atendimento@uniceub.br)

**Keywords:** Hate Speech. Principles. Freedom of expression. Judgment of weighting.

## 1 INTRODUÇÃO

Nenhum ser no mundo é livre para dizer o que pensa, da maneira que bem entende. Assim, ainda que todos tenham direito à liberdade de expressão, é essencial que haja um filtro de linguagem e na forma de expressão, pois as palavras podem ferir a individualidade, liberdade e dignidade de outrem, além de gerar conflitos e, conseqüentemente, o *hate speech*.

Atualmente a nossa sociedade vivencia uma transição de comportamento e cultura, em decorrência da implementação de políticas públicas, mídias sociais e meios de comunicação que objetivam conscientizar a população para a necessidade de respeitar as diferenças de opiniões, sexualidade, religião, opinião política, etc., sem julgar ou discriminar o exercício da liberdade de escolha ou expressão de outrem.

De fato, se pararmos para observar, quase todos nós em algum momento presenciamos uma manifestação de opinião preconceituosa ou indevida que poderia, certamente, ferir o direito de alguém que se sentisse atingido ou alvo da opinião “odiosa” manifestada.

Ao nos deparar com um conflito de princípios Constitucionais, a Suprema Corte Brasileira adota o juízo de ponderação de princípios, a fim de distinguir qual dos princípios seria o mais adequado, razoável e proporcional ao caso concreto. Do mesmo modo, outras importantes Cortes do Mundo adotam o mesmo juízo com o intuito de evitar o uso irrestrito do discurso do ódio e da propagação do pensamento preconceituoso e violador de direitos.

Em suma, não se trata do que se fala, mas sim de como se fala. Podemos nos expressar da maneira que bem entendermos, mas temos que ter o mínimo de bom senso sobre aquilo que nos manifestamos e sobre como o fazemos, a fim de não incitar o ódio ou discriminação em nossos discursos e/ou argumentos.

Este projeto propõe elucidar casos e julgados brasileiros com o fulcro de demonstrar as diferentes abordagens sobre o tema. Pretendemos evidenciar que nós brasileiros devemos, de certo modo, limitar a aplicação desse conceito tão amplo e irrestrito que é a liberdade de expressão e manifestação, a fim de não exceder o exercício de nossos direitos e ferir individualidade e liberdade do outro sobre quem nos manifestamos.

Basicamente, expomos uma pesquisa da realidade brasileira no que tange ao limite da liberdade de expressão e da livre manifestação da opinião, de modo a evitar o excesso no uso das palavras e na maneira de expressar suas opiniões para não discriminar ou ultrajar a pessoa, ente ou objeto sobre o qual se manifesta uma opinião.

## 2 PRINCIPIOLOGIA

Muitas vezes nos expressamos de forma livre e incontida e podemos praticar excessos na manifestação de nossas palavras e expressões. Podemos, erroneamente, acreditar que ao falar o que pensamos, da maneira que nos vem à mente, estamos exercendo com soberania o direito à liberdade de expressão e manifestação, mas ao contrário, podemos ferir a liberdade ou individualidade de alguém.

Sem que percebamos, a nossa sociedade ainda que indiretamente faz uso do discurso de ódio e por vezes pode ferir o direito de outrem no que tange à liberdade religiosa, de sexualidade, de opinião política, raça, cor, ou qualquer outro tipo de liberdade que resulte na divergência de opiniões e que venha a se concretizar em um *hate speech*.

Haveria, então, alguma possibilidade de o Poder Legislativo ou Judiciário controlar ou limitar o uso da liberdade de expressão de modo a não censurar, mas sim impedir que o discurso de ódio ocorra de maneira desmedida ou disfarçada?

Sendo assim, o questionamento que aqui se perfaz é: deve haver limitação ao direito de falar ou se expressar? E em caso positivo, como o faremos?

No Brasil, seguimos a tripartição de poder proposta por Montesquieu, na qual os poderes se subdividem em: legislativo, executivo e judiciário. Seguindo esta lógica, quando o poder legislativo não consegue através de leis estabelecer regras e ordenamentos a serem seguidos, resta ao poder judiciário a função de dirimir eventuais conflitos que surjam, de acordo com as leis criadas pelo poder legislativo, costumes vigentes na sociedade e os princípios constitucionais, conforme cada caso concreto.

Todo juiz embasa suas decisões de acordo com fundamentos, preceitos jurídicos e/ou princípios que o auxiliem na livre formação da sua convicção. Porém, em alguns casos não há legislação que ampare o caso concreto, como no *free speech* e do *hate speech*, por exemplo. Sobretudo, porque nos deparamos com um conflito de princípios e cada parte envolvida na lide possui princípios que amparam as suas argumentativas e direitos.

Em casos como estes, o Supremo Tribunal Federal fará uso do chamado juízo de ponderação de princípios e chegará a um denominador comum acerca de qual será o princípio preponderante naquele caso específico, pois não há princípio absoluto, sendo todos passíveis de relativização diante de cada caso.

Segundo Robert Alexy, um dos mestres do constitucionalismo moderno, princípios são:

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas [...]<sup>2</sup>

Logo, entende-se que princípios seriam normas de argumentação que admitiriam aplicação em diferentes graduações, de acordo com o encargo que

---

<sup>2</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90.

possuir determinada situação, passando por subprincípios até chegar ao seu grau de densidade próprio de regras.<sup>3</sup>

Ronald Dworkin, por sua vez, ao tratar dos princípios, trabalhou essencialmente na diferenciação entre regras e princípios, determinando em sua formulação teórica uma crítica ao positivismo jurídico, afirmando que as regras possuem uma dimensão de validade, sendo que os princípios possuem uma dimensão de peso. Assim, as regras estariam numa disposição excludente, ou seja, versada pela expressão “tudo ou nada”, em que uma regra prevalecerá sobre a outra, diante da ocorrência de uma colisão.<sup>4</sup>

A Constituição Federal de 1988, consolidou nos seus artigos iniciais, os princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: a soberania, a cidadania, a dignidade de pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, além de outros princípios e direitos fundamentais assegurados no bojo da referida Carta Magna.

Estes princípios são os pilares e as bases pelas quais as demais legislações ou decisões devem valer-se, assim, servem como verdadeiros norteadores do ordenamento jurídico e social.

Neste trabalho, vamos abordar os princípios que abordam a liberdade de expressão, uso da palavra e manifestação, bem como da honra, imagem, igualdade e liberdade na pessoa que se sente atingida pelas manifestações advindas desse tipo de discurso, entre outros.

## **2.1 Igualdade e liberdade**

Desde a revolução francesa, o princípio da igualdade é amplamente difundido na sociedade, pois todos pleiteiam a ausência de diferenciação entre

---

<sup>3</sup> SARMENTO, Daniel. *A ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 42.

<sup>4</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39

duas coisas, que possuem o mesmo valor, sob o mesmo ponto de vista, em comparação a outra coisa ou pessoa.<sup>5</sup>

Ao discorrer sobre a igualdade, a Constituição Federal de 1988 adotou tanto a igualdade material quanto a formal, ao preconizar no caput do Art. 5º, que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do seu direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.<sup>6</sup>

Em suma, o princípio da igualdade ou isonomia, objetiva alcançar uma justiça igualitária para os indivíduos, a fim de que não haja discriminação dos direitos fundamentais no que tange: a raça, religião, cor, sexo, opinião política, etc.

Daí advém a máxima de igualdade de Aristóteles, ao preconizar que: “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”.

Por outro lado, o princípio da liberdade vem ganhando força com o passar dos anos e é o “queridinho” do momento neste século de expansão da comunicação global com o crescimento das mídias sociais e da globalização da comunicação.

Conceitualmente, “liberdade é o estado no qual se supõe estar livre de limitação ou coação, sempre que se tratar de agir de maneira lícita, de acordo com os princípios éticos e legais cristalizados dentro da sociedade”.<sup>7</sup>

Hoje, somos livres para nos expressar sobre qualquer assunto ou fato que ocorra no nosso dia a dia a dia. Nesse sentido, o princípio da liberdade

<sup>5</sup> IGUALDADE. *Significados*. Disponível em: <<http://www.significados.com.br/igualdade/>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

<sup>6</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 11 abr. 2016.

<sup>7</sup> SPIRANO, Solange. *Direito a liberdade*. Disponível em: <<http://www.coladaweb.com/direito/direito-a-liberdade>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

vincula-se à liberdade de expressão e manifestação, bem como encontra limite no princípio da liberdade de escolha, de qualquer gênero, de outrem.

O direito à liberdade de expressão é a possibilidade de expressão do indivíduo de forma livre, autônoma, espontânea, através de suas ações, pensamentos, opiniões, ideias, de maneira isenta de censura ou restrições. Em suma, este princípio tem enorme força na democracia atual, pois proporciona o que legitimamente é a vontade do interlocutor.

Nesse sentido, um trecho do voto do Min. Celso de Mello no HB n. 82.424/RS que será abordado mais adiante, descreve a liberdade de expressão como:

A liberdade de expressão representa, dentro desse contexto, uma significativa do direito, que a todos assiste, de manifestar, sem qualquer possibilidade de intervenção estatal a priori, o seu pensamento e as suas convicções, expondo as suas idéias e fazendo veicular as suas mensagens doutrinarias.<sup>8</sup>

Em outras palavras, o Estado não fará nenhuma censura prévia, pois este não pode impedir que as pessoas manifestem suas opiniões e pensamentos, porém, quando qualquer tipo de manifestação for abusiva e lesar o direito a dignidade de outrem, o Estado poderá agir a fim de garantir e assegurar a completude dos direitos fundamentais.

### 3 HATE SPEECH E FREE SPEECH

Uma conceituação básica sobre o discurso do ódio é obtida através da ideia de que qualquer mensagem, conduta ou ação que transmita, incite ou promova o ódio, a discriminação, o preconceito ou a violência contra determinada pessoa ou coletividade, em virtude do exercício de seus direitos fundamentais como raça, religião, opção sexual, opinião política, entres outros, é considerado como um *hate speech*.

<sup>8</sup> Confirmação do voto do Min. Celso de Mello nos autos do HC n. 82.424/RS.



Há consenso internacional no sentido de que discursos de ódio devem ser proibidos por lei e estas leis não feririam o princípio de liberdade de expressão.<sup>9</sup>

Este tipo de discurso, por mais inofensivo e ingênuo que pareça, pode causar danos psicológicos e até físico naqueles que são agredidos, podendo levar à diversos casos clínicos, como: depressão, stress, insônia e até mesmo ao suicídio.

É importante salientar que este tipo de dialética ocorre em diversas faixas etárias, podendo ocorrer inclusive na fase infantil, o conhecido *bullying*. Tal ação é capaz de traumatizar a infância e a livre formação educacional da criança ou menor como um indivíduo portador de direitos e garantias que se encontra em um estágio de construção e consolidação do seu caráter e personalidade.

Desta feita, a fim de afastar este tipo de conduta, o legislador brasileiro elaborou a Lei 13.185/2015 com o intuito de coibir a prática do *bullying*, ou melhor dizendo, da intimidação sistemática, conforme define o art. 1º da referida lei.

Art. 1º Fica instituído o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (**Bullying**) em todo o território nacional.

§ 1º No contexto e para os fins desta Lei, considera-se intimidação sistemática (**bullying**) todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas.

Sobre este tema, defendo a ideia de que os pais devem cumprir papel de fundamental importância na limitação das ações e expressões usadas por seus

<sup>9</sup> SCHAUER, Frederick. *The Exceptional First Amendment*. Harvard: Harvard University Press, 2005. "Sobre estes tópicos próximos e interrelacionados, parece haver um forte consenso internacional de que princípios de liberdade de expressão são indiferentes ou irrelevantes quando o que se expressa é ódio religioso, racial, étnico, etc. Em contraste com esse consenso internacional de que várias formas de discurso de ódio devem ser proibidas pela lei e que essa proibição não gera nenhum conflito com o princípio de liberdade de expressão, os Estados Unidos estão firmemente comprometidos com a visão oposta."

filhos, causadores do *bullying*. Sobretudo, pois compete a eles ensinar e educar seus filhos no sentido de respeitar as diferenças de opiniões existentes entre as pessoas, com a finalidade precípua de evitar que se menospreze ou diminua a outra criança.

Em suma, não podemos imaginar que haja um princípio absoluto que jamais será relativizado. Sendo assim, a ideia de que a liberdade de expressão deve ser limitada quando houver perigo de causar dano a outrem, sob a esteira de discriminação, ódio, preconceito e desrespeito deve ser amplamente difundida, como no exemplo da Lei que visa evitar a prática de *bullying*.

### 3.1 Exemplos no Brasil

O debate da eleição presidencial de 2014, por exemplo, trouxe à tona o discurso extremamente preconceituoso e inadequado do candidato à presidência da república, Levy Fidelix, que incitou o ódio ao manifestar seu repúdio à comunidade homossexual ao compará-los a pedófilos, gerou revolta e manifestações de repúdio nas redes sociais e na sociedade como um todo.

Nós como uma sociedade democrática, devemos perceber que as nossas palavras e atos podem causar certos impactos e consequências. Logo, devemos acatar a opção de não fazer uso desmedido da palavra, sob o fundamento de que temos liberdade de expressão de forma ampla e irrestrita, pois assim podemos cercear o direito à liberdade de outrem, que igualmente está amparado sob a égide dos mesmos princípios.

A grande verdade é que a nossa sociedade ainda é muito intolerante, e embora haja discursão acerca do preconceito de raça, cor, etc., a população segue obsoleta e individualista. Como resultado, vemos que por diversas vezes os interlocutores do discurso do ódio não reconhecem a dignidade e os direitos dos demais, extrapolando e se excedendo no uso do direito à liberdade da expressão.

Trago um dos exemplos paradigmáticos, que foi julgado no Supremo Tribunal Federal (STF). Trata-se do Habeas Corpus (HC) n. 82.424/RS que

basicamente demandou o posicionamento do STF sobre a seguinte temática: “os judeus seriam uma raça?” Seria possível cometer o crime de racismo contra o povo judeu?

O referido HC abordou a seguinte narrativa de fatos:

[...] paciente o Sr. Siegfried Ellwanger, e baseava-se única e exclusivamente no fato de que judeus não se constituíam como raça e que, portanto, não era possível se cometer crime de racismo contra judeus. Além disso, o paciente explicitamente alegava que houvera cometido crime de “simples discriminação”, nas suas próprias palavras, e não de racismo. [...] <sup>10</sup>

Este julgamento que inicialmente parecia ser algo simplório a ser dirimido, se tornou um julgamento histórico que delineou o que seria abrangido no conceito de raça, racismo, preconceito, liberdade e igualdade, etc., pois para José Emílio Medauar Ommati, “[...] ao contrário do que pensam nossos juristas e juízes, igualdade, liberdade de expressão e proibição da prática de racismo (discurso de ódio) não colidem e, portanto, não existem limitações externas a esses direitos.”<sup>11</sup>

O referido autor elucida os principais votos dos ministros, proferidos neste caso e, conforme se verifica, o entendimento da Corte Magna foi no seguinte sentido:

[...] o papel do STF não é o de ser um guardião dos valores da sociedade brasileira, mas, como diz a própria Constituição de 1988, o guardião precípua da Constituição, o que envolve entendê-la de maneira deontológica e não axiológica, reconhecendo o pluralismo de valores que passa a nossa sociedade. <sup>12</sup>

[...] se a Constituição é formal e rígida é um instrumento de acoplamento estrutural entre o Direito e a Política, essa Constituição, através da ideia de Poder Constituinte Originário, que só pode ser democrático, permite a

<sup>10</sup> OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 13.

<sup>11</sup> OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 13.

<sup>12</sup> OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.6.

realização dos princípios da igualdade, liberdade e democracia.<sup>13</sup>

[...] uma Constituição só pode ser entendida corretamente como um projeto inacabado, passível de ser reapropriado pelas gerações futuras e, sendo um aprendizado histórico, a nossa Constituição é fruto e herdeira, não apenas do Holocausto e da imensa perversidade cometida contra os judeus, mas também das perversidades que praticamos historicamente contra negros, mulheres, homossexuais, e outras categorias de pessoas.<sup>14</sup>

Ainda segundo o autor:

[...] o sentido do termo “racismo” utilizado pela Constituição de 1988 e crucial para entendermos o sentido dos princípios da igualdade e liberdade no texto constitucional brasileiro, pois a vedação da prática de racismo constante em nossa Constituição é uma decorrência da ideia de igual consideração e respeito que o Estado tem que ter por todos os cidadãos.<sup>15</sup>

Dentre os principais votos proferidos no HC n. 82.424/RS, temos os que seguem: Ministro Moreira Alves, que se manifestou em um viés religioso ao dizer que o povo judeu não se reconhece como raça, mas sim um povo, votou pela concessão da ordem do HC, a favor do paciente; b) o Ministro Maurício Corrêa fez uso da Bíblia e de fatos históricos na tentativa de demonstrar a perseguição e discriminação que o povo judeu sofreu ao longo dos anos, denegando a ordem, mas sem embasamento jurídico concreto; c) o Ministro Gilmar Mendes entendeu pela prática do racismo e pela aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, como um método de solução de conflito de princípios, o que restou violado no caso concreto; d) o Ministro Marco Aurélio, também baseou sua decisão no princípio da proporcionalidade, porém chegou a resultado diverso do Min. Gilmar, ao entender que não houve prática de racismo, ocorrendo a prescrição da pretensão punitiva, entre outros votos.

Voltando a realidade nacional, nas redes sociais é possível observar com frequência, a prática do uso indiscriminado do discurso de ódio, preconceito e

<sup>13</sup> OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

<sup>14</sup> OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 9.

<sup>15</sup> OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 16.

da discriminação, como se pode observar nos seguintes exemplos: a atriz Thaís Araújo, que por conta do seu cabelo afro descendente, sofreu discriminação nas redes sociais; o abuso e excesso de intolerância que permeou o cenário político no caso do processo de impeachment da presidenta Dilma Rousseff; os políticos que foram eleitos, democraticamente, e que expressam seu repúdio ao homossexualismo, como o caso do Dep. Jair Bolsonaro, entre outros milhares de casos que ocorrem dia a dia, diante dos nossos olhos.

#### 4 LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O conceito de democracia muitas vezes é confundido pela sociedade que o utiliza para balizar suas decisões e opiniões, sem levar em consideração os direitos coletivos, a tolerância e a opinião do outro, que por vezes pode ser diversa.

Para o Min. Marco Aurélio, no citado HC, democracia significa:

Democracia significa assegurar a formação e a boa captação da opinião pública; significa garantir a soberania popular, para que os rumos do Estado acompanhem fidedignamente os resultados das manifestações dessa soberania. Para tanto, o sistema constitucional brasileiro prevê vários institutos e mecanismos que têm por finalidade concretizar o princípio democrático, de maneira a torná-lo algo vivo, presente e eficaz. Na doutrina nacional, costuma-se indicar o sistema eleitoral, o sufrágio universal, direto, secreto e periódico como uma das mais claras manifestações jurídicas do princípio democrático.<sup>16</sup>

Ainda conforme o Min. Marco Aurélio:

[...] o direito de liberdade de expressão ganha papel de extrema relevância, em suas mais variadas facetas: direito de discurso, direito de opinião, direito de imprensa, direito à informação e proibição de censura.<sup>17</sup>

Segundo o Ministro, é por meio deste princípio que a democracia se solidifica, através da sua participação efetiva e das mais diversas opiniões que

<sup>16</sup> Ministro MARCO AURELIO, nos autos do HC 82.424/RS, p. 171.

<sup>17</sup> OMMATI, José Emílio Medaur. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 32.

são manifestadas e externadas de forma livre, voluntária e aberta, sem que haja receio de intervenção estatal na liberdade de opinião.

Uma possível solução ao conflito liberdade de expressão X o limite da expressão que subsiste no *hate speech*, seria o proposto no voto do Ministro Gilmar Mendes no HC 84.424/RS, que baseado nos princípios de Robert Alexy, assim preconizou:

[...] a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando é verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais, de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. Essas máximas são em número de três: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Assim, em face de conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, deve-se perquirir se o ato impugnado afigura-se adequado, ou seja, apto para produzir o resultado desejado; se o ato é necessário, isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz; por fim, se o ato é proporcional em sentido estrito, ou seja, se há uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto.<sup>18</sup>

Para o Min. Gilmar Mendes, “[...] apesar de ser inegável a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão, não se pode negar que tal liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência.”<sup>19</sup>

Ademais, vale ratificar que a liberdade de expressão é um direito fundamental garantido, constitucionalmente, nos seguintes artigos:

Preâmbulo da Constituição Federal de 1988

Artigo 5º - caput

Art. 5º, inciso VI – **é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos** e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;”

<sup>18</sup> OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 30.

<sup>19</sup> OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 31.

**Art. 5º, inciso IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;**

**Art. 5º, inciso XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;**

**Art. 5º, inciso XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;**

**Art. 5º, inciso LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;**

**Art. 5º, inciso LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;**

**Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:**

**II - Liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;**

**Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.**

**§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.**

**§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.**

**Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.**

Pois bem, conforme os dispositivos constitucionais acima transcritos, percebemos com clareza que o constituinte originário quis demonstrar a ampla liberdade de manifestação e expressão, ausente de qualquer censura ou limitação por parte do Estado, vedada por óbvio as de caráter paramilitar, porém em inúmeros incisos do artigo 5º estão evidenciados o respeito à

diversidade de religião, opinião política, etc., que o legislador quis atribuir a todos.

Em suma, concluímos que há amparo constitucional para ambos os lados, tanto para aqueles que querem se manifestar livremente (*free speech*), quanto para aqueles que se sentem de certo modo violados ou atingidos pelos discursos e manifestações proferidos contra eles, seja por diferença de gênero, religião, cor, etc., (*hate speech*).

Sendo assim, o legislador elaborou leis com o objetivo de coibir a prática indiscriminada do preconceito ou discriminação, como por exemplo: a Lei 7.716/89 (contra o racismo e o preconceito de raça e cor), Lei 13.185/2015 (lei contra a intimidação sistemática – bullying), o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso, que atentam para o preconceito em razão da idade, mas ainda não há legislação que proteja a diversidade sexual, entre outros tipos que ainda não foram objetos de análise legislativa.

Sobre o tema da opção sexual, a autora Maria Berenice Dias, concluiu que:

Diante da postura omissiva e complacente da sociedade os legisladores, por medo de comprometer sua reeleição ou serem rotulados de homossexuais, impedem a aprovação de qualquer projeto de lei que vise criminalizar a homofobia ou garantir direitos às uniões homoafetivas. Conclusão, o Brasil é o país que registra o maior número de crimes homofóbicos.

Felizmente o Poder Judiciário, de há muito, vem suprimindo o silêncio da lei e garantindo toda a sorte de direitos no âmbito do direito das famílias, direito previdenciário e sucessório. A decisão mais emblemática foi a proferida pelo Supremo Tribunal Federal que, ao reconhecer as uniões homoafetiva como entidade, acabou por assegurar acesso ao casamento. Porém a Justiça não tem como punir ações de natureza discriminatórias, pois ninguém pode ser condenado sem lei que tipifique a ação como delituosa (CF, art. 5º, inc. XXXIX: não há crime sem lei anterior que o defina).<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> DIAS, Maria Berenice. *Homofobia é crime*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/homofobia\\_%E9\\_crime.docx.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/homofobia_%E9_crime.docx.pdf)>. Acesso em: 20 jun. 2016.



## 5 CONCLUSÃO

Já sabemos que a interpretação e a aplicação dos princípios não é absoluta, podendo estes sofrer limitações em detrimento dos demais direitos fundamentais assegurados igualmente ao outro.

Sobre a manifestação do pensamento, a Lei 5.250/67 regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação, e logo no artigo 1º consta a limitação a esta liberdade, conforme se verifica *in verbis*:

Art. 1º. É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, **respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer.**

**§ 1º Não será tolerada a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe.**

Ou seja, a própria legislação dispôs que, uma vez cometidos abusos no uso desta liberdade, cada um responderá pela prática de seus atos, não sendo tolerado preconceito de raça ou classe, entre outros dispositivos constantes no supracitado artigo.

Concluindo, segundo Robert Alexy: [...] o choque de princípios encontra solução na dimensão do valor, a partir do critério da “ponderação”, que possibilita um meio-termo entre a vinculação e a flexibilidade dos direitos.”<sup>21</sup>

Segundo o autor José Ommati:

[...] o Direito serve para realizar os princípios ou ideais de igualdade e liberdade. E esses princípios são inegociáveis. Aqui me parece que se encontra a diferença central entre as posturas deontológica e axiológica do Direito. Na postura deontológica, que vê e assume o Direito como integridade, os princípios da igualdade e liberdade são o cerne do ordenamento jurídico e, portanto, são inegociáveis, não aceitam qualquer espécie de relativização. Na postura axiológica, por outro lado, até mesmo os princípios da igualdade e liberdade podem ser

<sup>21</sup> Min. MARCO AURELIO, nos autos do HC 82.424/RS, p. 177.

ponderados se um bem maior, por exemplo, a segurança nacional, estiver em jogo.<sup>22</sup>

Para o Min. Celso de Mello, [...] a liberdade de expressão deve ser compatibilizada com a dignidade da pessoa humana.”<sup>23</sup>

Já nas palavras do Min. Gilmar Mendes ao teorizar sobre a medida de liberdade de expressão permitida, temos que:

[...] o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores, ou princípios constitucionais, representando um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes, nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos.<sup>24</sup>

Logo, o limite para o uso da liberdade de expressão estaria na igualdade e dignidade dos demais envolvidos, devendo, quando necessário, ocorrer um juízo de ponderação de princípios, com base no princípio da proporcionalidade ou na ponderação de valores, em casos em que a legislação for silente e o indivíduo se sinta lesado.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.90.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 11 abr. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Homofobia é crime**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/homofobia\\_%E9\\_crime.docx.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/homofobia_%E9_crime.docx.pdf)>. Acesso em: 20 jun. 2016.

<sup>22</sup> OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 89.

<sup>23</sup> OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 38.

<sup>24</sup> OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 29.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.39

OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de expressão e discurso de ódio na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do Hate Speech**. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p 42.

SCHAUER, Frederick. **The Exceptional First Amendment**. Harvard: Harvard University Press, 2005.

# A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA COMO GARANTIA PROCESSUAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DO PORTADOR DE NEOPLASIA

Anna Cecília Tibério de Novais<sup>1</sup>

Tatiana de Oliveira de Lima<sup>2</sup>

## RESUMO

O escopo o presente artigo é demonstrar que a não aplicabilidade da Lei nº. 12.732 de 22 de novembro de 2012, que garante o acesso ao tratamento essencial ao portador de neoplasia. A efetividade do tratamento tem sido alcançada com a atuação do Poder Judiciário ao conceder medida de caráter urgente – tutela provisória de urgência ou tutela de evidência. Trata-se de direito fundamental delineado no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente, artigo 1º, inciso III, e artigo 5º, incisos XXXV e LIII, da Constituição Federal. Nessa esteira, surgem inúmeros questionamentos acerca do direito à vida, a honra, à imagem, do direito básico à saúde, bem como da obrigação do Estado em prestar a assistência mínima, nos termos da Norma Jurídica Brasileira. A prestação jurisdicional tem atuado como válvula de escape, como tentativa de um último suspiro indolor. A antecipação da tutela alcançaria o fim colimado, a saber: prestação da assistência à saúde e garantia da vida do portador de neoplasia.

**Palavras-chave:** Neoplasia. Saúde. Direito fundamental. Antecipação de tutela. Prestação jurisdicional.

## ABSTRACT

The scope of this article is to demonstrate that the non applicability of Law no. 12,732 of November 22, 2012, which guarantees access to essential treatment for the patient with neoplasia. The effectiveness of the treatment has been achieved with the Judiciary's action by granting urgent measures - temporary protection of urgency or guardianship of evidence. This is a fundamental right outlined in the Brazilian legal system, specifically article 1, item III, and article 5, paragraphs XXXV and LIII, of the Federal Constitution. In this wake, numerous questions arise about the right to life, honor, image, basic right to health, as well as the obligation of the State to provide the minimum

---

<sup>1</sup> Auxiliar jurídico. Aluna do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do Trabalho e Previdenciário do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

<sup>2</sup> Analista de Departamento Pessoal. Aluna do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do Trabalho e Previdenciário do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

assistance, under the terms of the Brazilian Law. The jurisdictional provision has acted as a valve of escape, as an attempt for a last painless sigh. The anticipation of the guardianship would reach the collimated goal, namely: provision of health care and guarantee of the life of the neoplasia patient.

**Keywords:** Neoplasia. Health. Fundamental Right. Temporary relief. Adjudication.

## 1 INTRODUÇÃO

O direito humano e fundamental a assistência à saúde goza de proteção Constitucional e é uma incumbência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Malgrado isso, é público e notório que o Estado, na sua definição mais ampla, jamais atuou de forma preventiva, quer seja pela negligência de seus gestores, quer pela burocracia institucionalizada, quer por ausência de interesse político.

No entanto, toda a coletividade está dependente de uma atuação positiva e eficiente destes Entes Públicos para poder lançar mão de todos os seus direitos constitucionais que são adstritos ao ser humano, como saúde, educação, assistência social, etc., aguardando-os seu implemento de forma afitiva.

A Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, representa um marco histórico na recente reconstrução democrática do Brasil, máxime pela cisão com o regime ditatorial imposto pelo golpe militar de 1964 e seus Atos Institucionais, registrando em seu bojo inúmeros direitos e garantias constitucionais a todas as pessoas, dentre eles – direito fundamental à saúde.

Matize-se que a Carta Magna vigente erigiu como viga-mestra o Estado Democrático de Direito, com fundamento na observância e respeito à dignidade humana, como balizador da atuação do Estado frente ao administrado – o povo, de onde emana todo o poder (art. 1º, Parágrafo único, da CF).

Veja-se que o direito social à saúde decorre, por lógica e obviedade, do direito à vida e por tal razão é um dever do Estado atuar de forma preventiva e curativa, implementando políticas públicas de atenção básica, primária e secundária, à saúde de toda a população.

Entrementes, porque a Administração Pública tem o dever de atuar observando os postulados do art. 37, da Constituição Federal, a saber: princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade administrativa, eficiência, razoabilidade e, sobretudo, da supremacia do interesse público.

Com efeito, diante da inércia do Estado em disponibilizar e prestar os serviços de atendimento essencial à saúde e estando qualquer pessoa à mercê de proteção, em patente descumprimento daqueles, não resta outra solução ao hipossuficiente e vulnerável senão a busca pela prestação jurisdicional, à vista que garantia fundamental de acesso à justiça.

A Constituição Cidadã não contém qualquer turbidez quanto à atuação do Poder Judiciário, à vista que são independentes e harmônicos entre si, o Executivo e o Judiciário, e a ineficiência e desídia de um – o Executivo, desagua na busca pelo outro – o Judiciário, como garantidor da *Lex Fundamentalis*, até porque o controle jurisdicional de abusos não ofende o princípio da separação de poderes.

## 2 PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana irradia sobre diversos dispositivos constitucionais. Além disso, constitui como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Estabelece o artigo 1<sup>a</sup>, inciso III, da Constituição Federal que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: III- dignidade da pessoa humana.”<sup>3</sup>

A dignidade é essencialmente um atributo do ser humano, pelo simples fato de existir, é detentor de direitos fundamentais, inalienáveis e imprescritíveis. José Afonso da Silva leciona que Dignidade da pessoa humana é

---

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 11 abr. 2016,

um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.<sup>4</sup>

Entre os bens mais precisos que homem tem a saúde é um que merece maior destaque. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, dispõe que “toda pessoa tem direito a padrão de vida capaz de assegurar a si e sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis.”<sup>5</sup> Verifica-se que a saúde se relaciona como vários outros direitos.

### 3 DIREITO À SAÚDE

Estabelece no artigo 196 da Constituição Federal que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.<sup>6</sup>

Dispõe, ainda, o artigo 2º da Lei 8.080/90 que “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.<sup>7</sup>

Segundo o comando descrito no artigo 23, inciso II da CF/88 a competência acerca da saúde é de todos os entes federativos, ou seja, compete à União, Estados, Distrito Federal e Municípios cuidar da saúde e assistência pública. A responsabilidade entre os entes federativos é solidária, todos são responsáveis pela defesa do direito fundamental à saúde.

Ingo Sarlet citando João Loureiro afirma que:

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 125.

<sup>5</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal Dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

<sup>6</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 11 abr. 2016.

<sup>7</sup> BRASIL. *Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm)>. Acesso em: 08 nov. 2015.

A saúde é um bem marcado pela interdependência com outros bens e direitos fundamentais, apresentado de tal sorte, “zonas de sobreposição com esferas que são autonomamente protegidas”, como é o caso da vida, integridade física e psíquica, privacidade, educação, ambiente, moradia, alimentação, dentre outros.<sup>8</sup>

A saúde representa um bem jurídico de grande valor, tendo em vista que sua característica é indissociável do direito à vida e dignidade da pessoa humana, fator importante que o diferencia dos demais direitos sociais motivo pela qual merece um maior destaque na proteção por parte do poder público.

Os serviços públicos de saúde, executado pelas ações do Poder Público, o Sistema Único de Saúde é uma rede regionalizada tendo sido organizada em diretrizes diferentes. Ademais, na óptica de Alexandre de Moraes, literalmente:

Ao Sistema Único de Saúde, além de outras atribuições, nos termos da lei, compete controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos.<sup>9</sup>

Ora, como a saúde é um direito fundamental de primeira dimensão, a nossa Lei Maior impôs um *munus* à Administração Pública para controlar, regulamentar e fiscalizar, mormente em virtude de sua relevância pública, os serviços e ações de saúde, quer de forma direta – por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), quer por terceiros, consoante art. 197 e 200, ambos da Carta Magna.

#### 4 LEI 12.732/2012

Malgrado tamanha garantia inscrita no Ordenamento Jurídico, tem-se como realidade um verdadeiro transtorno público, porquanto a saúde pública convive com o caos, desleixo e em verdadeiro desrespeito com um direito humano fundamental da coletividade, sobretudo para os portadores de doenças graves, como no caso a neoplasia maligna (câncer).

<sup>8</sup> SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 323.

<sup>9</sup> MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 862.



É notório que o portador de neoplasia maligna não é um detentor de uma sentença de morte, porque, ao reverso da gestão pública, a medicina vem evoluindo, todavia, o acesso ao tratamento é o maior problema enfrentado pela população, especialmente a que depende, na íntegra, do Serviço Público de Saúde (SUS) quanto ao diagnóstico e tratamento do câncer.

Note-se que essa afirmativa não emerge do vazio, no entanto, do regramento da Lei n. 12.732/2012, que dispõe sobre o prazo inicial e tratamento necessário ao paciente diagnosticado com neoplasia.

Ora, se há uma ameaça ou até lesão a um direito, máxime, humano e fundamental, é imprescindível que o Poder Judiciário, por meio da prestação jurisdicional, supra o vazio e determine que o Poder Executivo cumpra a Lei nº. 12.732/2012, prestando o atendimento necessário e integral ao portador de neoplasia maligna, com amparo no direito humano e fundamental à saúde.

## 5 O ACESSO À JUSTIÇA POR MEIO DA TUTELA ANTECIPADA

Observe-se que, segundo o jurista Luiz Fux, o acesso à justiça como garantia constitucional formal exige ser materializada por meio da efetividade, mas não de qualquer forma, e sim com o traço de rapidez no desenrolar da demanda, sob o prisma temporal.<sup>10</sup>

Extrai-se da lição magistral do mestre Marinoni, ao analisar tal instituto, que a antecipação de tutela:

Constitui instrumento da mais alta importância para a efetividade do processo, não só porque abre oportunidade para a realização urgente dos direitos em casos de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação como, também, porque permite a antecipação da realização dos direitos no caso de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.<sup>11</sup>

Os esforços mais importantes para o acesso à justiça se concentra em proporcionar serviços jurídicos para pessoas de baixa renda. Na maioria dos

<sup>10</sup> FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência (fundamentos da tutela antecipada)*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 319.

<sup>11</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 23.

casos o auxílio de um advogado é essencial, são serviços indispensáveis, para trazer entendimento para as pessoas que não possui conhecimento das leis complexas, sendo necessário para um ajuizamento de uma causa. Assim a criação de defensorias para proporcionar a assistência judiciária àqueles que não podem custear um advogado.<sup>12</sup>

Sublinhe-se que a Norma Processual exige a verossimilhança e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, e o abuso de direito de defesa ou recalcitrância do réu, como pressupostos para o deferimento, a ser considerado pelo julgador.

A doutrina majoritária, conforme assentado por Daniel Assunção, divide a tutela de urgência em um binômio, qual seja: tutela cautelar e tutela antecipada, que embora similares, são de gêneros distintos, inclusive pela natureza jurídica.<sup>13</sup>

Demais disso, a tutela antecipada, como medida de urgência, transformou-se em técnica de sumarização do procedimento ordinário – como remédio contra a ineficiência deste, para se resguardar a razoável prestação jurisdicional, como garantia constitucional.<sup>14</sup>

Noutro norte, a Lei n. 13.105/2015, que entrou em vigor em 18 de março de 2016, que se conhece pelo Novo Código de Processo Civil (NCPC), tratou da tutela provisória, como gênero, e tendo como espécie a tutela provisória de urgência e a tutela provisória de evidência.

Ressalte-se que a tutela provisória de urgência pode ser de natureza cautelar ou antecipatória e a parte poderá requerer em caráter antecedente ou mesmo incidental, além de poder adotar todas as medidas cabíveis e necessárias para garantir a efetivação da tutela deferida.

---

<sup>12</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos específicos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>13</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos específicos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1155-1157.

<sup>14</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 14.

O Novo Código de Processo Civil fixou como requisitos para concessão da tutela de urgência que a parte demonstre a existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o risco de dano ou ao resultado útil do litígio.

Outrossim, a tutela de urgência poderá ser deferida *in limine litis* ou após a prévia justificação da parte ré, e é facultado ao magistrado exigir do postulante que preste caução idônea, real ou fidejussória, para ressarcir eventuais danos para o requerido, salvo se hipossuficiente o autor. Ademais, há vedação para a concessão quando houve possibilidade de irreversibilidade dos seus efeitos.

A concessão da tutela de evidência ocorre quando a petição inicial estiver instruída com prova documental quanto aos fatos constitutivos do direito postulado e a parte adversa não carregue prova capaz de ensejar dúvida razoável no julgador, art. 311, inciso IV, do NCPC.

Por fim, é necessárias transformações dentro do Estado e seus responsáveis e a efetivação das políticas públicas na área da saúde, estando contidas nos textos constitucionais e infraconstitucionais, que prevê aos portadores de neoplasia. Salienta-se que ao analisar um pedido de antecipação de tutela, deve ser analisado com cautela, pois negar-se tal pedido está sendo retirado a vida, o bem jurídico mais importante.

## 6 CONCLUSÃO

É evidente que o direito a um serviço público de saúde tem natureza fundamental, em especial à dignidade e vida de qualquer ser humano, por ser a higidez física e mental de relevância ímpar para as pessoas, vez que a debilidade traz consigo as mazelas e fragilidades do próprio ser.

A adequada qualidade de vida de cada ser humano passa, necessariamente, por um estado físico e anímico íntegro, que está vinculado a boa alimentação, à prática de atividades físicas e, sobretudo, aos cuidados básicos e necessários com a saúde.

A par disso, é de se notar que é um direito de toda pessoa de ter acesso pleno, amplo e efetivo ao serviço público de saúde e, por consectário, cinge-se a um dever do Estado em prestá-lo, com qualidade e zelo, por ser de natureza essencial.

Entrementes, a realidade na prestação de políticas públicas ser hoje em dia algo anormal e sem precedentes, mesmo diante da responsabilidade solidária dos entes federados, é imperioso que seja revista a assistência à saúde, em todo o seu conglomerado (prevenção, diagnóstico e tratamento).

O direito humano e fundamental à saúde deve ser observado e protegido por todos os entes públicos, seja pela garantia no plano constitucional, seja nos tratados e convenções internacionais, assim como no plano infraconstitucional.

A despeito disso, toda pessoa portadora de moléstia grave tem direito ao acesso pleno a assistência à saúde e para resguardá-lo fora editada a Lei n. 12.732/2012, segundo a qual o portador de neoplasia maligna, devidamente comprovada, tem garantido o acesso aos meios de diagnóstico e tratamento, inclusive medicamento terapia, em prazo mínimo considerável, ante a urgência na intervenção médica.

Ressalte-se que esta norma determina que todo ser humano diagnosticado com câncer, tem direito de obter do Estado, assistência médica no lapso de 60 (sessenta) dias – para iniciar o tratamento, como meio de proteção da vida e saúde do portador de tão grave doença.

Malgrado isso, ressoa na sociedade a ausência de fornecimento de tratamento médico aos portadores de neoplasia pelos entes federados, em patente desrespeito com tão nobre direito humano e fundamental – a saúde.

Assim, vê-se a pessoa com essa moléstia que inspira cuidados, com a maior brevidade possível, à margem dos serviços públicos básicos, por uma notória e inegável omissão dos entes federados - no trato e fornecimento dos cuidados à saúde dos portadores de neoplasia maligna.

Com efeito, o conflito que se instala entre o urgente e necessário fornecimento de assistência à saúde ao portador de câncer e a desídia do Estado em prestá-lo, faz com que essa pessoa vislumbre no Poder Judiciário a esperança de garantia de seu direito constitucional, para proteção de sua saúde e vida.

A busca pela prestação jurisdicional, diante da nítida ameaça a direito, levada a efeito pelo portador de neoplasia maligna tem como anseio à imposição aos entes federados em prestá-lo, efetivamente, os necessários tratamentos para combater o câncer, por meio da tutela de urgência.

Sublinhe-se que a neoplasia maligna reclama tratamento urgente e por tal motivo a antecipação de tutela é o meio processual adequado para resguardar o acesso pleno a esse direito, porquanto o poder judiciário determinará ao ente federado que preste a assistência à saúde do requerente, sob pena de sofrer as implicações legais, v.g. astreintes.

Demais disso, inexistente violação à garantia constitucional do devido processo legal, com a concessão *in limine litis* da tutela de urgência, pois se para o deferimento do pleito fosse aguardar a sentença de mérito, talvez se estaria diante de indevido processo legal, à vista da ineficácia da medida em virtude do falecimento do portador de neoplasia maligna.

Note-se que o acesso à justiça torna-se premente e de salutar relevância, porque o direito fundamental à saúde e vida do portador de câncer não pode ficar à mercê da conveniência e oportunidade dos gestores públicos, frente a iminência do risco de morte, logo a proteção vindicada por meio de tutela de urgência não afronta a separação dos poderes, tampouco se caracteriza em ativismo judicial.

Conclui-se, por fim, que diante da ausência de políticas públicas efetivas para o diagnóstico pleno e tratamento da neoplasia maligna, aos seus portadores, é inexorável a prestação jurisdicional, por meio da antecipação de tutela, para se garantir os cuidados mínimos a essas pessoas e, por óbvio, o

respeito à sua dignidade humana, por meio da proteção da saúde e vida, que são postulados constitucionais da mais relevante garantia.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 11 abr. 2016.
- BRASIL. **Lei n. 12.732, de 22 de novembro de 2012**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12732.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12732.htm)>. Acesso em: 15 de nov 2016.
- BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Lei 8.080/90. Brasília, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2016.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: Tutela Antecipada, Tutela Cautelar, Procedimentos Específicos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014
- FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela de evidência (fundamentos da tutela antecipada)**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal Dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2016.
- SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

# INTERPRETAÇÃO JURÍDICA EM FACE AOS CONFLITOS ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DIREITOS A PERSONALIDADE

Antonio Marcos Dias Prates

## RESUMO

O direito à liberdade de informação e o direito à liberdade de expressão parecem se tratar de um mesmo assunto, porém se enveredam por caminhos distintos. Entretanto, a liberdade de expressão é frase mais comum e popular quando se pleiteia direitos em juízo. Muito se tem falado sobre os direitos à privacidade, ou seja, à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade. Sabe-se que a liberdade de expressão é um direito fundamental, fato que já pacificado e recebe abrigo constitucional; mas, está acima de outros direitos? E a privacidade, que também tem amparo constitucional, é um direito supremo? A liberdade de expressão sem limites pode gerar injustiças, induzir opinião pública, distorcer a veracidade dos fatos e causar sérias manipulações. Assim como o direito à privacidade se classifica em vários níveis. Esses direitos fundamentais contemplados constitucionalmente precisam estar em equilíbrio. E, sendo assim, não pode haver benefício de um direito em detrimento de outro. Porém, as suas ponderações precisam estar revestidas de sólidos argumentos e alicerce na doutrina e jurisprudência. Fato que carece de uma interpretação jurídica bem fundamentada. O presente trabalho visa o estudo desses conflitos, e se propõe a análise em pertinentes ponderações com a finalidade de equacionar esse problema. É o que se pretende.

**Palavras-chave:** Interpretação jurídica. Conflitos. Liberdade de expressão. Direitos a personalidade.

## ABSTRACT

The right to freedom of information and the right to freedom of expression seem to be a matter of the same subject, but they are pursued in different ways. However, freedom of expression is a more common and popular phrase when one asserts rights in court. Much has been said about the rights to privacy, that is, honor, image, private life and intimacy. It is known that freedom of expression is a fundamental right, a fact that has already pacified and receives constitutional shelter; But, are you above other rights? And privacy, which also has constitutional protection, is a supreme right? Unlimited freedom of speech can generate injustice, induce public opinion, distort the truth of the facts and cause serious manipulation. Just as the right to privacy is classified on several levels. These fundamentally constitutional rights have to be in balance. And so, there can be no benefit of one right over another. However, their considerations need to be lined with solid foundation in doctrine and

jurisprudence. A fact which lacks a well-founded legal interpretation. This paper aims at the study of these conflicts, and proposes the analysis in pertinent weights with the purpose of equating this problem. That's what you want.

## 1 INTRODUÇÃO

Uma interpretação jurídica concisa carece de análise as condições gerais que definem ou delimitam a atividade interpretativa para que se possa apreciar a sua incidência na hermenêutica jurídica em face de um caso concreto. Sob esta ótica jurídica, destaca-se a importância do caráter linguístico da interpretação para reclamar aos interlocutores que falem o mesmo idioma, a mesma linguagem. E aqui cabe uma expressiva advertência: “quem fala uma linguagem que mais ninguém fala, em realidade não fala”, noutras palavras, dialética evasiva. E isso culminará na perda de sentido e de coerência que atribuem à tarefa interpretativa a objetividade de descobrir a verdadeira vontade do poder legislativo.<sup>1</sup>

Diariamente se vê conflitos de grau elevado entre a proteção à honra de um indivíduo e a divulgação de fatos criminosos imputados a ele. Nessa direção, quando se comprova a falsidade dos fatos, é consenso da doutrina e jurisprudência de que há interesse público na divulgação desses fatos. E, nesse caso, é legítimo ao indivíduo fazer valer seus direitos de personalidade, seu direito à honra.

O direito de privacidade existente na vida das pessoas necessita de espaço que devem ser cuidadosamente preservados de curiosidade alheia, por envolver a naturalidade e originalidade de cada ser humano em sua particularidade. Direito de privacidade, que geralmente ocorre no âmbito do domicílio ou lugares reservados contempla escolhas pessoais, hábitos, vida familiar, atitudes, comentários, preferência, etc. Informações que, em geral, o seu acesso não é de interesse público por se tratar de uma privacidade.

Liberdade de informação e liberdade de expressão manifestam características de natureza individual e, nessa direção, funcionam como

---

<sup>1</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 66.



recursos para o aperfeiçoamento da personalidade. Ambas as liberdades satisfazem ao inegável interesse público da livre manifestação de ideias, que é o alicerce de funcionamento do regime democrático.

## 2 INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Na esfera da hermenêutica jurídica, o fiel intérprete deve relevar os diferentes significados possíveis de um determinado termo ou de uma determinada sequência de palavras ou frases. Assim conseguirá precisar a escolha mais correta. Cabe lembrar que a interpretação de qualquer enunciado normativo, preferencialmente, deve se começar pelo sentido literal das palavras, isto é, deve-se entender o significado de um texto ou de uma sequência de vocábulos no uso linguístico geral.<sup>2</sup>

Uma vez que a interpretação do texto jurídico é de interesse múltiplo, não se pode renunciar a uma mínima compressão âmbito geral. Em diversas linguagens técnicas, a acessibilidade apoia-se em linguagem comum e fácil compreensibilidade.

Quando a lei tender a se desviar de seu uso linguístico especial, mister é observar o uso linguístico geral. Posto que este funcionará como “*instância de controle e tradução*”, e definirá a esfera aonde se encontra a coerência e o sentido legal procurados, obtendo-se dessa forma a legitimidade do preceito e fundamento que se pretende aplicar no caso concreto.

É importante atentar para normas de difíceis compreensões, ou seja, ininteligíveis, principalmente quando estas estiverem revestidas de linguagens esotéricas, suas compreensões não devem ser impostas

O intérprete sábio e criativo deve convencer o público de que, mesmo parecendo perdido ante uma espiral hermenêutica, ele administra o processo com retidão e sabe aonde vai chegar.

---

<sup>2</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 68.

Numa interpretação jurídica, o sentido procurado deve ser extraído das formas significativas que o apresenta. Não se deve introduzir objetivações do espírito humano de modo arbitrário e muito menos fraudulento.<sup>3</sup>

O respeito a autonomia do texto é indispensável à objetividade e ao controle da interpretação, fator a ser percebido pelo aplicador do direito. Essas fronteiras devem ser ultrapassadas uma vez que servem para limitar a interpretação em sentido estrito e a criação judicial do direito.

Poderia ser dito, em linguagem kelseniana, mesmo considerando que atividade interpretativa não se trata apenas de um ato de conhecimento, mas também de vontade, que não é dado ao intérprete aplicador a faculdade de desconsiderar o marco normativo imposto pela norma de graduação superior, da qual se deve extrair, por conclusão, a decisão de um caso concreto.

O Estado de Direito, para que seja socialmente vinculante, a construção hermenêutica deve observar as normas e os critérios que deverão ser aprovados e controlados pela comunidade. Percebe-se que, da Constituição, através de interpretação imperativa, não se pode extrair as únicas leis retas, tampouco se pode a partir da lei, por interpretação na mesma linha, obter as únicas sentenças precisas. Notas que precisam ser observadas ao precisar uma interpretação com maior grau de coerência possível.<sup>4</sup>

A condição do trabalho hermenêutica impõe assinalar o caráter *unitário* do processo em que ele se evolui, o que vale considerar as diferentes fases como instrumento necessário a uma unidade de compreensão. Deve-se exigir que todos os recursos hermenêuticos estejam integrados na obrigação de atribuir sentido às normas sob interpretação, independentemente de sua natureza jurídica, classificação e posição hierárquica na esfera do sistema jurídico nacional. Fatores que ajudarão a vislumbrar a relevância que o trabalho interpretativo aspira.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 70.

<sup>4</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 74.

<sup>5</sup> SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen, 2006.

## 2.1 Novos horizontes da interpretação constitucional

O desenvolvimento de algumas técnicas originais paralelas a realização da vontade da Constituição abre caminho para vislumbrar ideias de uma nova interpretação constitucional. Isso não significa que o método clássico ou elementos tradicionais da hermenêutica estejam sendo abandonados ou desprezados. Eles continuam a desempenhar uma relevante tarefa que visa buscar sentido das normas para solucionar casos concretos.

É importante destacar que nem sempre é possível acreditar que as normas jurídicas em geral venham trazer em si sentido único e válido para as situações sobre as quais elas venham a incidir. Neste ponto, cabe ao intérprete a tarefa de revelar o conteúdo pré-existente na norma, onde não lhe é permitido desempenhar qualquer tipo de criatividade em sua concretização.<sup>6</sup>

O legislador, desde o último século, está fazendo uso de forma ascendente de palavras e frases como: cláusulas abertas, conceitos indeterminados, dano moral, indenização justa, boa-fé, melhor interesse, ordem pública, etc. E, por estes termos, o ordenamento jurídico delegou parte da competência decisória do legislador para os ombros do intérprete. Tarefa nada fácil, posto que a lei fornece os parâmetros, entretanto, somente à luz do caso concreto e sob a análise de seus elementos subjetivos e objetivos é possível precisar a vontade legal. Dessa forma, o magistrado exerce uma função integradora da norma, visto que irá complementá-la com sua própria e particular valoração.<sup>7</sup>

A atividade do intérprete passa a ser mais complexa quando se faz necessário a avaliação de *Princípios*. Já que estes expressam valores que devem ser preservados e não precisa especificar conduta a ser seguida. Aqui, o intérprete precisa definir e adotar uma ação a ser seguida.

Alguns fatores diferenciam a moderna interpretação constitucional da interpretação tradicional: a norma, relato puramente abstrato já não vislumbra

---

<sup>6</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 74.

<sup>7</sup> SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen, 2006.

mais a primazia; o problema, a questão a ser resolvida fornece os elementos para a efetivação da solução; o intérprete, que outrora exercia a função de aplicar a norma preexistente, passa a fazer parte da criação do Direito no caso concreto. Agora o intérprete terá que fazer uso de elementos da teoria da argumentação. Pois, assim, conseguirá convencer os destinatários que seu trabalho produziu a solução constitucionalmente correta para a questão que lhe foi apresentada. E quando houver conflitos dos direitos fundamentais e da ponderação sob a ótica da técnica decisão jurídica?

### **3 CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

O conflito de direitos fundamentais é um fenômeno que ocorre na atualidade e, salvo quando a própria Constituição o indica, o arbítrio desse conflito de forma abstrata, permanente e completamente afastada das características do caso concreto, é impossível. O legislador pode tentar proceder com esse arbitramento, entretanto suas decisões ficarão sujeitas a controle de constitucionalidade. Onde a ponderação será a principal técnica empregada pelo aplicador do direito em face da ausência de parâmetros legislativo que visaria a solução ante a adequação ao caso concreto.

#### **3.1 Da ponderação**

Quando uma norma tende a incidir sobre o mesmo conjunto de fatos. Tem-se várias premissas maiores para apenas uma premissa menor de menor amplitude. Traz-se à baila argumentos que norteiam a liberdade de imprensa e de expressão em face de raciocínios que alicerçam os direitos à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade. Percebe-se claramente que, neste caso, as normas que tutelam diferentes valores se enveredam por soluções contraditórias e conflitantes. Vislumbra-se que a solução para esse problema apenas poderia trabalhar com uma das normas. Noutras palavras, a escolha de uma premissa maior, as outras seriam descartadas. Entretanto, tal fórmula não seria constitucionalmente adequada, posto que o princípio da unidade

Constitucional não aceita que o intérprete opte por uma norma e detrimento de outra aplicável no caso em tela. Pois não há hierarquia entre elas.

A interpretação constitucional se viu obrigada a desenvolver técnicas capazes aceitar o fato de que a Constituição é revestido de dialética: de um lado, tutela de valores e interesse; do outro, princípios que ela já os consagrou conflitando de forma expressiva. Aqui, será preciso raciocinar em face da estrutura diversa, fazer um trabalho multilateral capaz de produzir regras concretas que regerá a hipótese a partir de síntese de vários fatores normativos e valorativos que incidiram sobre o conjunto de fatos. Cada um desses fatores, deverá ser valorado na medida de sua relevância e pertinência para a análise do caso concreto em sua solução final. Onde todos os detalhes possam ser vislumbrados e mensurados, mesmo que alguns venha a se destacar sobre outros. Esse objetivo chama-se técnica de ponderação<sup>8</sup>.

A ponderação pode consistir numa técnica de decisão jurídica que quase sempre é aplicável a casos de alta complexidade, onde o modelo tradicional se mostrou ineficiente, principalmente quando um caso concreto enseja a aplicação de normas de igual hierarquia que apontam diferentes soluções.

Entretanto, a estrutura interna que compõem o raciocínio ponderativo ainda é pouco conhecida, mesmo que esteja associada às ideias difusas que venha equacionar interesses, benefícios, normas ou valores. Esse tema está ganhando importância expressiva na esfera jurídica, e está sendo foco de estudo muitos doutrinadores.

### 3.2 Etapas da ponderação

A ponderação pode ser descrita em algumas etapas<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação: interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Disponível em: <ahref="http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2005;4000691950">. Acesso em: 10 dez. 2016.

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação: interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Disponível em:

A primeira etapa consiste em detectar, no sistema, todas as normas importantes para equacionar o caso concreto, mesmo havendo conflitos entre elas. Esta etapa também irá facilitar a comparação entre os elementos normativos que compõe o caso em tela.

A etapa seguinte consiste em examinar os fatos, circunstâncias concretas que compõe o caso e suas interações com os elementos que compõe a norma. É importante lembrar que os fatos e suas respectivas consequências práticas incidentes na norma são fatores relevantes na atual interpretação constitucional. Os princípios e as regras que têm existência autônoma ante a abstração de enunciados normativos, entretanto entrarão em contato nas situações concretas onde seus conteúdos se revestirão de sentido real. Neste instante, o exame dos fatos e de seus reflexos sobre as normas identificadas na etapa anterior irá apontar com maior eficiência a relevância da extensão de suas influências.

Na etapa final acontecerá a singularização da ponderação. É nessa fase decisória que os grupos de normas divergentes e a repercussão dos fatos que ensejaram o caso serão analisados mutuamente, de forma coletiva. Aqui, o objetivo é encontrar o real valor a ser atribuído aos elementos diversos que compõe a disputa e, conseqüentemente, evidenciar o conjunto de normas que prevalecerá no caso concreto. Caberá também decidir a intensidade da norma ante um conjunto de normas, a solução que ela indica e o que se deve prevalecer em detrimento das demais. Respeitando é claro a proporcionalidade e a razoabilidade da norma na questão em tela.

O estudo agora passa a analisar o conflito específico entre liberdade de informação e expressão e direitos da personalidade em face a normas constitucionais e infraconstitucionais.

## 4 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos personalidade, cuja titularidade pertence exclusivamente ao indivíduo, se universalizou a partir da Segunda Guerra Mundial. Hoje a doutrina e jurisprudência descrevem esses Direitos como provenientes da própria dignidade humana, e também os entendem como fatores que são indispensáveis a todo ser humano. Esses direitos são reconhecidos pela Constituição Federal, são oponíveis ao Estado e a coletividade. Entretanto, a violação desses direitos nem sempre produz prejuízo de ordem econômica ou patrimonial, o que culminará em diversas formas de reparação.

A doutrina classifica os direitos da personalidade em dois grupos. Primeiro, são os direitos à integridade física (a vida, ao próprio corpo, ao cadáver); segundo, direitos à integridade moral (a vida privada, a imagem, a liberdade, a honra, a intimidade). Neste ponto, dá-se mais atenção aos direitos do segundo grupo. A Constituição Brasileira acolheu esses direitos e dedicou dispositivos onde tutela a personalidade<sup>10</sup>:

Art. 5º [...]

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; ”

Vislumbra-se, simplesmente, que os direitos à vida privada e à intimidade resguardam as pessoas em sua forma intrínseca e individual de forma bem particular. Cabe esclarecer que intimidade e a vida privada são conceitos bem mais amplos que podem ser resumidos em direito de privacidade.

---

<sup>10</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 11 abr. 2016.

#### 4.1 Privacidade e direito à honra e direito à imagem

A doutrina e a jurisprudência estão em sintonia quando avaliam o direito de privacidade. Entendem que o elemento decisivo para auferir a sua intensidade está em avaliar o grau de exposição pública que vítima foi exposta, em razão de atividade desenvolvida, cargo ocupado ou outra circunstância eventual.

Estão sujeitos a variáveis de aferição menos imperativa a privacidade de pessoas de vida pública, aqui inclui artistas, políticos, desportistas, posto que há interesse público na transparência de determinadas condutas. A privacidade de indivíduos de vida estritamente privada sujeita-se a rigores mais expressivo.

Entende-se que não há ofensa à privacidade caso o fato publicado, por meio de comunicação em massa, seja de domínio público. Neste caso, trata-se simplesmente de uma reprodução de informação antes já difundida.

A honra é um direito que se reveste com os mesmos valores atribuídos aos direitos da personalidade e que conta com previsão constitucional. Este direito personalíssimo se volta a proteger a dignidade do indivíduo, reputação ante a si próprio e também do meio social o qual o indivíduo se encontra. A legislação e juristas brasileiros apontaram que o direito à honra se limita à circunstância de atestar a veracidade do fato imputado ao indivíduo. Caso em que a honra pessoal não pode se opor à verdade.<sup>11</sup>

A honra é um direito personalíssimo que também está ligado aos direitos da personalidade. Aqui, a proteção é parte da representação física do corpo humano ou qualquer uma de suas partes. Assim como traços que caracterizam um indivíduo e que podem ser facilmente reconhecidos.

Direito à imagem também tem amparo constitucional e sua reprodução depende, geralmente, de autorização do titular. Às vezes, o direito à imagem é confundido com o direito à honra. Entretanto, a imagem é objeto de um direito exclusivo e autônomo.

---

<sup>11</sup> CASTRO, Mônica Neves Aguiar. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.



A doutrina e a jurisprudência apontam alguns limites quando à restrição ao direito de imagens. Entre eles estão os atos judiciais e julgamentos, que geralmente tem natureza pública. Tem-se também difusões de conhecimento histórico, científico e de conteúdo jornalístico. Casos em que não há lesão à figura do indivíduo, consequentemente não violação aos direitos à imagem.<sup>12</sup>

#### 4.2 Liberdade de expressão e de informação.

A liberdade de expressão está relacionada ao direito de externar ideias, juízos de valor, opiniões e manifestação de pensamento. Enquanto a liberdade de informação, por sua vez, diz respeito a liberdade que o indivíduo tem de comunicar fatos que os julgam relevantes. Esse é o entendimento doutrinário<sup>13</sup>.

É notório que a comunicação de fatos não é uma atividade neutra. Mesmo porque os fatos, antes de sua seleção e divulgação, são revestidos, em maior ou menor grau, de certa dosagem de interferência pessoal. A total isenção de foro íntimo e particular é muito difícil de ser verbalizada. É irrefutável também que inúmeras representações de natureza artística têm alicerces em acontecimentos reais.<sup>14</sup>

Nesta ótica, vislumbra-se que a liberdade de informação facilmente se insere na liberdade de expressão. Entretanto, a distinção se faz necessária em face de incontestáveis interesses práticos que se relacionam aos diferentes requisitos que são exigidos em cada uma das modalidades ante suas possíveis restrições.

O narrador geralmente presume que a informação não pode faltar à verdade. Entretanto, esta verdade é revestida de natureza subjetiva. Do outro lado, o expectador legítimo supõe estar conhecendo a informação buscada. É

---

<sup>12</sup> CASTRO, Mônica Neves Aguiar. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação: interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Disponível em: <ahref="http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2005;4 000691950">. Acesso em: 10 dez. 2016.

<sup>14</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

assim que se manifesta a liberdade de informação. Neste ponto, vale acrescentar que a principal distinção entre liberdade de expressão e liberdade de informação deve orientar-se fatores de prevalência. E o exercício do direito de informação concretizará quando o objetivo de manifestação se referir à comunicação de fatos relevantes e notáveis, onde suas características irão manifestar exclusivamente o discernimento da verdade (FARIAS,2004).

Em dispositivos que versam sobre direitos e deveres individuais e coletivos, a Constituição Federal de 1988 contempla a liberdade de informação e a liberdade de expressão<sup>15</sup>:

Art. 5º. [...]

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral, ou à imagem;

[...]

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Cabe esclarecer que a liberdade de informação, assim como a liberdade de expressão não são direitos absolutos e encontram seus limites na própria Constituição Federal.

### 4.3 Ponderações em casos de conflitos

É possível elaborar um conjunto de técnicas a fim de facilitar o caminho que o intérprete terá que seguir em face de um caso concreto. Técnicas que deverão ser usadas na interpretação da liberdade de informação e liberdade de

---

<sup>15</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 11 abr. 2016.

expressão. Entretanto, este trabalho deve ser feito com maior desvelo, posto que, de um lado, tem-se as liberdades e do outro, o direito à privacidade.

Vale lembrar que as informações dotadas de conteúdos verdadeiros recebem proteção constitucional. A divulgação de notícias deliberadamente falsas, em detrimento de direitos personalíssimos de outrem, não configura direito fundamental do agente emissor. Cabe também esclarecer que a verdade difundida não é uma verdade objetiva, mas subjetiva do ponto de vista de quem a informa. Por vez, a responsabilidade é imputada ao informante quando fica evidenciado que houve negligência ao se apurar os fatos ou dolo ao se divulgar informação falsa.

A informação que se pretende divulgar deve ter sido obtida de forma lícita, ou seja, meios admitidos pelo direito. Caso contrário, perde a sua eficácia. Entretanto, não vale invadir domicílio, escutas clandestinas, violar segredo de justiça, obter informações mediante tortura ou grave ameaça, etc.

Pessoas notórias e que ocupam cargos públicos têm menor proteção na tutela do direito de privacidade. Mas, menor proteção não significa perda do direito. Pessoas que não tem notoriedade gozam de maior privacidade.

O local da ocorrência do fato tem relevância expressiva. Goza de maior proteção fatos ocorridos em locais reservados, como o domicílio do indivíduo. Ao passo que, ocorrências em lugares públicos, muitas vezes são interpretados como fatos noticiáveis.

## 5 CONCLUSÃO

Entende-se que o objeto de uma interpretação não é a vontade como este se apresenta, mas a forma como o se encontra explicitado. A atividade hermenêutica não deve ser contaminada de subjetividade e voluntarismo, pois exporia o intérprete ao triste risco de produzir decisões frágeis, viciadas e ilegítimas, e que facilmente estariam fadadas a se tornar socialmente ineficaz.

O estudioso do direito, embora tenha ampla liberdade de interpretação deve agir com sensatez e responsabilidade, posto que não lhe é dado

subjetivamente a faculdade de criar ou atribuir significados arbitrários aos enunciados normativos. Deve observar que há limites na interpretação, e estes devem ser obedecidos.

O conflito entre direitos a personalidade e a liberdade de informação ou expressão não se resolve por critérios tradicionais de solução de conflitos de normas constitucionais ou infraconstitucionais. O intérprete precisa socorrer a técnicas de ponderação de normas, valores, princípios ou interesses que se revelarão no caso concreto. E nessa disputa, algumas concessões às pretensões deverão ser feitas.

Em situações de extrema complexidade, é preciso eleger qual direito irá prevalecer e qual direito será sacrificado. Entretanto, com fundamentação racional e com o sensato emprego do texto constitucional em face da decisão tomada.

É o que se entende

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade**: critérios de ponderação: interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2005;4000691950>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 11 abr. 2016.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação**: teoria e proteção constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen, 2006.

# COTAS RACIAIS NO CONTEXTO BRASILEIRO

Armando Fortes Peixoto

## RESUMO

O presente trabalho objetiva-se promover uma análise da questão das Cotas Raciais com maior cientificidade e racionalidade. A partir de um levantamento histórico e doutrinário, foram analisados os conceitos básicos e as questões polêmicas que envolvem as ações afirmativas e as cotas raciais, passando-se pela indispensável, ainda de sucintamente, análise do desenvolvimento histórico e social da sociedade norte-americana, modelo tomado como base na adoção das cotas raciais no Brasil, comparando-o com o desenvolvimento histórico e social brasileiro, buscando-se, ao final, definir o que vem a ser a denominada Política de Cotas Raciais e a viabilidade ou não, sobretudo, face ao princípio da igualdade, em se adotar, em nosso país, uma política social cujo fator fundamental a se considerar seja a cor da pele.

**Palavras-chave:** Cotas. Raciais. Discriminação. Igualdade.

## 1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas tem se discutido a constitucionalidade das ações afirmativas no Brasil. Contudo, as ações afirmativas, especialmente o sistema de cotas raciais é uma realidade social.

Com a introdução em nosso país da denominada Política de Cotas Raciais, as ações afirmativas tonaram-se a questão do momento, sobretudo, no que se refere à adequação e viabilidade de se importar o modelo de cotas raciais norte-americano.

Ademais, a própria Constituição Federal institui determinadas ações afirmativas, bem como consagra outros direitos a serem conjugados com o direito de igualdade, principalmente o direito à educação superior.

As primeiras discussões políticas acerca das ações afirmativas no país datam de 1951, todavia, a questão somente ganhou ênfase a partir das

discussões acerca do Estatuto da Igualdade Racial e a adoção da denominada Política de Cotas Raciais em algumas instituições de ensino no país

No Brasil, em sua grande maioria, os defensores da Política de Cotas Raciais tomam por base o modelo instituído nos Estados Unidos.<sup>1</sup> Tal modelo nos é apresentado como se tratasse de uma evolução do Princípio da Igualdade numa concepção fraterna.

Ademais, adotam como fundamentação filosófica em prol das Políticas de Cotas Raciais a Teoria da Justiça Compensatória e Teoria da Justiça Distributiva.

Sem sombra de dúvida, o sofrimento vivido pelos afrodescendentes durante o período escravocrata é incontestável, mas, a questão merece uma análise dentro de toda completude histórica da sociedade na qual se pretende implantar a política de cotas, sob pena de se produzirem efeitos ainda mais drásticos que aqueles decorrentes da escravidão.

O presente trabalho ora vem à baila objetivando esclarecer o que vêm a ser as denominadas Políticas Afirmativas ou Ações Afirmativas, questionando a viabilidade em se adotar em nosso país a denominada Política de Cotas Raciais.

Por fim, analisar-se-á à viabilidade em se adotar em nosso país um programa afirmativo em que a raça seja critério exclusivo a definir seus beneficiários, sobretudo, em razão das peculiaridades de nossa formação histórica e das relações inter-raciais desenvolvidas.

## **2 AÇÕES AFIRMATIVAS**

Inicialmente, as ações afirmativas constituíam um encorajamento estatal para que pessoas com poder decisório nas áreas públicas e privadas refletissem sobre a composição ou representação de determinados grupos (considerados

---

<sup>1</sup> KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

por fatores como sexo, raça, cor ou origem) na educação ou no mercado de trabalho<sup>2</sup>.

Posteriormente, “as ações afirmativas tornaram-se verdadeiras concessões de preferências, de benefícios, com objetivo certo: incremento das oportunidades”<sup>3</sup>. A expressão ação afirmativa foi usada pela primeira vez na Lei das Relações Trabalhistas nos Estados Unidos, em 1935, por meio da qual se determinava que o empregador que estivesse promovendo a discriminação contra negros deveria parar de promovê-la, além de efetuar “ações afirmativas” para colocar o segregado no cargo que estaria ocupando caso não tivesse sido vítima da discriminação<sup>4</sup>.

Todavia, somente a partir da década de 60, nos governos de John Kennedy e Lyndon Jhonson, as ações afirmativas ganharam maior destaque com o início do desmantelamento do sistema de segregação norte-americano, o “Jim Crow”. Nesta época, a política adotada por tais presidentes visava implementar efetiva igualdade entre brancos e negros, isto é, objetivava fazer com que a raça deixasse de ser utilizada como fator de segregação, o que era comum à época entre os norte-americanos<sup>5</sup>.

Observe que, inicialmente, as denominadas políticas afirmativas adotadas nos Estados Unidos visavam, tão somente, combater a discriminação. Visavam apenas estabelecer a igualdade formal entre brancos e negros.

No Brasil, a ação afirmativa foi mencionada pela primeira vez em 1968, durante uma manifestação realizada pelo Ministério do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho em favor de lei que obrigasse as empresas privadas

---

<sup>2</sup> GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>3</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>4</sup> KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

<sup>5</sup> KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.



reservar um percentual de vagas para empregados negros, conforme a atividade e a demanda<sup>6</sup>.

A posteriori, um dos primeiros conceitos acerca de tal instituto surgiu em um Grupo de Trabalho Interdisciplinar criado no governo de Fernando Henrique Cardoso.

Em sua origem, as ações afirmativas constituem políticas governamentais de combate à discriminação e seus efeitos<sup>7</sup>. “As políticas públicas de combate à discriminação se dividem em ações neutras (normas proibitivas) e políticas positivas (ações afirmativas)”<sup>8</sup>.

Consoante Guilherme Pena de Moraes (2006), ações afirmativas podem ser definidas como políticas ou programas, públicos ou privados, que objetivam conceder algum tipo de benefício às minorias ou grupos sociais que se encontrem em condições desvantajosas em determinado contexto social.<sup>9</sup>

Assim, pode-se, numa compreensão mais ampla, definir as ações afirmativas como o conjunto de medidas e políticas destinadas a reduzir as desigualdades entre os diversos grupos componentes de uma sociedade.

Vale ressaltar que característica essencial das ações afirmativas é a sua temporariedade, de modo que somente deverá perdurar pelo tempo estritamente necessário ao reestabelecimento do equilíbrio entre estes diversos grupos sociais, sob pena de se infringir o princípio da igualdade.

### 3 VIABILIDADE: AÇÕES AFIRMATIVAS

<sup>6</sup> AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

<sup>7</sup> GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 49.

<sup>8</sup> AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 138.

<sup>9</sup> MORAES, Guilherme Pena de. Ações afirmativas no direito constitucional comparado. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Direito constitucional: leituras complementares*. JusPodivm, 2006.

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 adota, entre outros, como objetivos fundamentais da República Federativa, a redução das desigualdades regionais e sociais e a erradicação da pobreza.

A igualdade aspirada por nossa Carta não se satisfaz com a simples igualdade formal. O Princípio da Igualdade determina que se dê tratamento igual aos que se encontrem em situação equivalente e que se trate de maneira desigual os que se encontrem em situações desiguais, na medida de suas desigualdades. Conforme podemos notar, tal princípio não veda a adoção de tratamentos diferenciados entre pessoas que guardem distinções de natureza social, de sexo, profissão, entre outras, desde que o parâmetro diferenciador adotado seja razoável<sup>10</sup>.

O princípio da igualdade assume fundamental importância no cenário jurídico brasileiro, sobretudo, em sua feição material ou substancial, pela qual deve o Estado procurar tratar os indivíduos desigualmente, na medida de suas desigualdades.

Conforme visto, as ações afirmativas compreendem rol de políticas ou programas que, pela concessão de um tratamento beneficiado, objetivam que os integrantes de 26 determinada minoria ou grupo social passem a compor setores sociais onde gozam de pouca ou nenhuma representação<sup>11</sup>.

Nesse contexto, é inquestionável a viabilidade constitucional em se adotar ações ou políticas afirmativas no Brasil como medidas destinadas a reduzir as desigualdades entre os diversos grupos componentes de nossa sociedade, com escopo de promover a igualdade substancial e integração social, mesmo porque as ações afirmativas se confundem com o próprio princípio da igualdade em sua feição material.

Facilmente se verifica que as Políticas Afirmativas constituem uma das principais medidas de que dispõe o Estado para promover a redução das

<sup>10</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2008.

<sup>11</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

desigualdades sociais e regionais e concretizar a igualdade material, isto é, tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.

Pelo exposto, pode-se concluir que as ações ou políticas afirmativas, em princípio, são compatíveis com nossa Constituição Federal, mesmo porque elas, enquanto gênero, se confundem com a noção que se tem do princípio da igualdade em sua feição material. Contudo, conforme se esclareceu no presente trabalho, as expressões Ações Afirmativas e Políticas de Cotas Raciais não são sinônimas. Por Ações Afirmativas compreende-se toda política em que se busque reduzir as desigualdades sociais e regionais, mediante a concessão de um tratamento beneficiário às minorias ou determinado grupo. Lado outro, as Políticas de Cotas Raciais nada mais são do que um destes programas, isto é, a Política de Cotas Raciais é uma espécie do gênero Ações Afirmativas.

Logo, em que pese se possa afirmar a compatibilidade das Ações Afirmativas, enquanto gênero, com nossa Constituição, notadamente com o princípio da igualdade em sua feição material, cada programa afirmativo adotado deve passar pelo crivo da constitucionalidade.

#### 4 COTAS RACIAIS

A fixação de cotas constitui modalidade de ação afirmativa em que há “estabelecimento de um número preciso de lugares ou da reserva de algum espaço em favor de membros do grupo beneficiado”<sup>12</sup>.

No Brasil, a política de cotas raciais implantada toma por base o modelo adotado em países segregacionistas, isto é, em países onde, efetivamente, aos negros foi vedado o acesso a diversos setores da sociedade<sup>13</sup>.

Para os defensores das cotas raciais no Brasil, vivemos uma hipocrisia racial incentivada pelo mito da democracia racial, na qual os negros não têm

---

<sup>12</sup> MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 30.

<sup>13</sup> KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

espaço<sup>14</sup>. Isto é, enquanto vivemos crenes na inexistência de preconceito em nossa sociedade, os negros são impedidos de ascender socialmente, permanecendo amontoados nas classes sociais menos privilegiadas.

Quanto à fundamentação filosófica e jurídica a justificar a adoção e adequação das cotas raciais, basicamente, duas teorias se destacam: Teoria da Justiça Compensatória e a Teoria da Justiça Distributiva<sup>15</sup>.

Para a Justiça Compensatória as desvantagens competitivas atualmente verificadas entre os afrodescendentes são produto das discriminações ocorridas no passado; assim, propõe a adoção de medidas favoráveis aos indivíduos que sofreram essas discriminações com o fim de reequilibrar as relações sociais, isto é, tal teoria tem por escopo a reparação a um dano ocorrido no passado em relação aos membros de determinado grupo, no caso em análise os afrodescendentes, com o fim de reequilibrar as relações sociais<sup>16</sup>.

Essencialmente, os defensores das cotas raciais asseveram que as elas visam a reparar a dívida histórica da escravidão, de modo a reconduzir os negros ao ponto no qual provavelmente estariam se não tivessem sido submetidos à escravidão e consequentes discriminações.

Em que pese o brilhantismo de seus idealizadores, tal teoria, por si só, é insuficiente para justificar a adoção de cotas raciais no Brasil. A um, porque se afigura complicado responsabilizar, no presente, os brancos descendentes de pessoas que, em um passado remoto, tiveram escravos. Ora, culpar pessoas inocentes pela prática de atos dos quais muitas vezes discorda parece ser promover a injustiça. A dois, porque seria praticamente impossível, em um país tão miscigenado como o Brasil e no qual se adota o sistema da multirracialidade e da autoclassificação, identificar quem seriam os beneficiários do programa compensatório, isto é, quem não é descendente de escravo no país. E, por fim, a três, porque a precária situação dos negros nos

<sup>14</sup> KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

<sup>15</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

<sup>16</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

dados estatísticos no Brasil não decorreu e não decorre do fator racial e do preconceito, mas sim de toda uma conjuntura socioeconômica<sup>17</sup>.

Por sua vez, a Teoria da Justiça Distributiva tem por fundamento uma redistribuição proporcional de bens, direitos e responsabilidade entre os indivíduos, propondo uma distribuição do ônus na promoção da igualdade substancial a todos os membros da sociedade<sup>18</sup>

Sem sombra de dúvida, numa análise em abstrato, a Teoria da Justiça Distributiva, em tese, está em consonância com nossos ditames constitucionais. Ora, constitui um dos objetivos da República Federativa do Brasil a promoção da igualdade e redistribuição de riquezas. Todavia, a distribuição de benefícios em favor de determinados indivíduos não pode ser aleatória ou meramente política. Necessário se faz que o critério eleito para justificar o tratamento desigual entre os formalmente iguais realmente constitua o fator que levou à desigualdade antes verificada e que se pretende combater, sob pena de ofensa aos ditames constitucionais. Logo, ainda que determinado programa promova a distribuição de riquezas em conformidade com o que propõe a Teoria da Justiça Distributiva, ela será tida por inconstitucional, por afronta ao princípio da igualdade, se a distribuição de benefícios for meramente política ou aleatória, isto é, se a desigualdade que se pretende combater não decorrer do critério de *discrímén* por ele eleito ou mesmo se critério de *discrímén* algum for adotado. Assim, a validade de tal teoria em nosso Sistema Jurídico pressupõe a eleição de um critério de *discrímén* e que esteja em consonância com o princípio da igualdade, sob pena de distribuição desproporcional de benefícios e correspondente ônus.

Nesse contexto, para que as Cotas Raciais estejam em consonância com a Teoria da Justiça Distributiva, essencial que o critério de *discrímén* eleito (raça) realmente constitua o fator que levou à desigualdade verificada e que se pretende combater.

---

<sup>17</sup> KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

<sup>18</sup> KAUFMANN, Roberta Frago Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

De tudo que se disse até o momento, pode-se notar que no Brasil a raça em momento algum constituiu óbice à ascensão social dos negros, logo, tem-se que as cotas raciais não atendem à Teoria da Justiça Distributiva, pois ao adotar a raça como critério para eleição dos beneficiários, promove a distribuição desigual do benefício e do correspondente ônus, na 29 medida em que os demais indivíduos que se encontrem na mesma condição dos afrodescendentes beneficiados não só não receberiam o benefício, como arcariam com tal ônus

#### 4.1 Princípio De Igualdade e Discriminação

Consagra a Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, no caput de seu artigo 5º, o princípio da igualdade nos seguintes termos: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Compreender o correto sentido do direito à igualdade não é tarefa tão simples. Afora a inversão conceitual, na medida em que se compreende como igualdade tratar-se desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, deve-se procurar identificar com precisão a realidade social em que se objetiva assegurar a igualdade e o fator de discriminação eleito com o objetivo de atingir a igualdade substancial<sup>19</sup>.

O princípio da igualdade possui dupla feição: uma formal e outra substancial. Em regra, a igualdade é assegurada pelo Estado em sua feição formal, ou seja, o Estado, na elaboração e execução das leis e de suas políticas públicas, considera-nos todos iguais, sem qualquer consideração. A igualdade substancial surge no cenário com escopo de materializar o real tratamento igualitário, isto é, tratar os desiguais na medida de suas desigualdades, de modo que não só admite como estabelece tratamento diferenciado entre os indivíduos.

Observe que a igualdade aspirada por nossa Carta Magna não se satisfaz com a simples igualdade formal. O Princípio da Igualdade determina que se dê tratamento igual aos que se encontrem em situação equivalente e que se ditem

---

<sup>19</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 4 ed. São Paulo: Método, 2008.

de maneira desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades. Conforme se pode notar, tal princípio não veda a adoção de tratamentos diferenciados entre pessoas que guardem distinções de natureza social, de sexo, profissão, entre outras, desde que o parâmetro diferenciador adotado seja razoável. O que não se admitem são parâmetros arbitrários, desprovidos de razoabilidade<sup>20</sup>.

As ações afirmativas, compreendidas como medidas destinadas a conferir tratamento privilegiado a determinado setor da sociedade com o fim de promover a igualdade social e a regional, são, em princípio, compatíveis com o princípio da igualdade, sobretudo, em sua feição substancial. Aliás, observe que o conceito de ação afirmativa se confunde com a definição do princípio da igualdade em sua feição substancial.

Entretanto, conforme visto, as ações afirmativas constituem o gênero de um rol imensurável de medidas possíveis de se adotar, logo, se mostra indispensável a verificação, em cada caso, da compatibilidade do programa afirmativo adotado e respectivo fator de *discrímén* eleito com o princípio da igualdade.

Certamente, o desafio na compreensão do princípio da igualdade reside justamente em impedir que diferenciações que não possuam fundamento razoável sejam adotadas, o que implicará, além da ampliação da desigualdade que se pretende combater, em discriminação reversa<sup>21</sup>, desestabilizando, ainda mais, as relações sociais.

Na linha da doutrina tradicional, para que o programa de Cotas Raciais seja compatível com o princípio da igualdade, necessário se faz que haja uma relação de causa e efeito entre o fator de discriminação adotado (raça) e a desigualdade que se pretende pela norma atacar.

Conforme se disse em diversas passagens no presente trabalho, em momento algum de nossa história aos afrodescendentes foi negado o acesso aos mais diferentes setores sociais pelo simples fato de serem negros. Ademais, a

<sup>20</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2008.

<sup>21</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

situação social dos afrodescendentes no Brasil não se explica pelo fator racial, mas sim por questões socioeconômicas. Ora, se a desigualdade que se pretende combater através das Cotas Raciais não decorre da cor da pele, indubitavelmente, falta correlação lógica entre o fator de *discrímen* verificado no meio social e aquele eleito pela política de cotas raciais; logo, incompatível com o princípio da igualdade.

Para a doutrina constitucional moderna, no que se refere à restrição dos direitos e garantias constitucionais, além de se exigir a admissibilidade constitucional para a restrição ao direito ou garantia, deve-se indagar acerca da compatibilidade da restrição com o princípio da proporcionalidade, pela análise de seus subprincípios<sup>22</sup>.

Assim, para que a Política de Cotas Raciais esteja em consonância com o princípio da igualdade, além de haver uma razoável relação entre o fator de *discrímen* por ela eleito e a desigualdade constatada - hipótese em que se admite a restrição à igualdade formal -, deve ele passar pelo crivo do princípio da proporcionalidade.

Extraí-se dos ensinamentos do referido Ministro que o princípio da proporcionalidade se triparte nos seguintes subprincípios: a) os subprincípios da adequação, b) os subprincípios da necessidade ou do meio mais benigno e c) os subprincípios da proporcionalidade em sentido estrito. A adequação propõe a verificação da eficácia do meio escolhido para se alcançar o fim desejado, isto é, as medidas interventivas adotadas devem se mostrar aptas a atingir os objetivos pretendidos. A necessidade impõe que a escolha do meio eficaz não se pode dar de forma aleatória, é necessário que o meio eficaz seja aquele que implique em menos restrições possíveis, de modo que se deve, na escolha da medida interventiva, optar por aquela que implique em menor gravidade para os demais indivíduos. E, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito

---

<sup>22</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.



procura aferir se os resultados obtidos pela medida adotada e os danos por ela causados encontram-se dentro dos limites da razoabilidade<sup>23</sup>.

Para que atenda ao subprincípio da adequação, a ação afirmativa a ser implantada deve ser adequada à solução do problema constatado. Então, se se objetiva com o programa de cotas raciais a ascensão social dos afrodescendentes, em um primeiro momento, a medida escolhida parece-nos adequada. Todavia, não se pode deixar levar por uma conclusão apressada.

Se o que se pretende é a ascensão social e a inclusão dos negros em determinados setores da sociedade, a fixação de cotas raciais só será adequada se o verdadeiro obstáculo que fez com que os negros permanecessem apartados de tais setores for a questão racial, isto é, o fato de serem negros. Neste momento, a pergunta a ser realizada é a seguinte: será que de alguma maneira se vetou o acesso dos afrodescendentes às universidades, ao emprego público, aos melhores empregos, à ascensão social apenas por serem eles negros? Certamente, em nosso país, a resposta só pode ser negativa, pois o Brasil nasceu miscigenado e em nenhum momento de nossa história aos negros negou-se o acesso aos diversos setores sociais pelo simples fato de serem afrodescendente. A explicação de que a falta de representatividade dos negros em tais setores decorre do racismo não passa de uma análise simplista do problema da desigualdade no Brasil<sup>24</sup>. É incontestável que a precária situação de muitos afrodescendentes, assim como de todos os demais integrantes das classes sociais menos favorecidas, decorre de um conjunto de fatores, entre eles políticas econômicas adotadas em um passado não muito distante e consequente concentração de riquezas, a falta de acesso a direito e serviços básicos como saúde, educação de qualidade, moradia, etc. Fato é que a Política de Cotas, da forma que vem sendo adotada em nosso país, não combate o problema da falta de representatividade dos afrodescendentes em determinados setores de 33 nossa sociedade. Em verdade, tal política racial

<sup>23</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>24</sup> KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

apenas combate os resultados de um problema bem maior e que não atinge apenas os afrodescendentes e indígenas.

Dessa forma, de acordo com o subprincípio da adequação, a política de cotas raciais ao eleger a cor da pele como fator de *discrímén* para afastar a igualdade formal não atende o princípio da proporcionalidade, posto não ser esse o critério mais adequado a se atingir o resultado almejado. Mais adequado seria a adoção de cotas sociais, em que se levasse em consideração a posição social dos beneficiários, já que, conforme se verifica, essa é a causa primordial que impede a acessão social não só dos afrodescendentes, mas de todos aqueles que se encontram nas classes sociais menos privilegiadas de nosso país.

O subprincípio da necessidade impõe que o meio escolhido seja, além do mais adequado, aquele que implique em menos restrições possíveis, ou seja, o menos gravoso possível.

Ademais, observam os críticos das políticas de cotas raciais que elas afrontariam, ainda, o Critério Republicado do Mérito, na medida em que a seleção para acesso às vagas universitárias deixa de levar em conta, exclusivamente, o desempenho do candidato e passa a considerar sua cor; conduziriam à discriminação reversa, posto que ao eleger a raça como critério para seleção de beneficiários, implica em discriminação dos demais indivíduos que se encontram na mesma situação social dos afrodescendentes, posto que o fator eleito para justificar o tratamento discriminatório não está correlacionado com os motivos que induzem à desigualdade; aumentariam o racismo, na medida em que, de forma oposta ao que tem sido difundido pelo mito da democracia racial, difundem a ideia no meio social de que há diferenças entre negros e brancos, vez que tal diferença foi a razão para a adoção das cotas raciais; e incitariam o ódio e a disputa entre as raças.

## 4.2 Dados Sociais

Neste tópico serão analisados dados estatísticos realizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que atestam a conclusão anterior,

ou seja: a marginalização dos negróides e dos indígenas no Brasil ao longo da história contribuiu para a disparidade em relação aos demais grupos raciais e étnicos, no tocante ao usufruto dos recursos e benefícios sociais, tais como a educação superior e o trabalho.

Antes de analisar os indicadores sociais, faz-se necessário esclarecer e ressaltar o critério de distinção adotado pelo censo aqui utilizado para apuração das raças: a cor da pele do indivíduo. Como a cor da pele não é o único elemento determinante da raça, o censo utiliza o termo “cor ou raça”, podendo designar tanto a cor quanto a raça aparente do indivíduo, classificando-o em: branco, negro, pardo e amarelo ou indígena.

Contudo, tal termo e classificação apresentam alguns equívocos, quais sejam: (a) branco, preto, pardo e amarelo não constituem raças, mas fenótipos caracterizadores não-exclusivos das raças caucasiana, negróide, miscigenada e mongolóide, respectivamente; (b) os indígenas não são considerados uma raça propriamente dita, mas uma etnia<sup>25</sup>.

Segundo os indicadores sociais, a população brasileira atual é composta por 189.820 (cento e oitenta e nove milhões oitocentos e vinte mil) indivíduos, dos quais 49,4% (quarenta e nove, quatro por cento) são compostos por indivíduos de cor branca ou raça caucasiana, 7,4% (sete, quatro por cento) por indivíduos de cor preta ou raça negróide, 42,3% (quarenta e dois, três por cento) por indivíduos de cor parda ou origem étnico-racial mista e, 0,8% (zero, oito por cento) por indivíduos de cor amarela ou etnia indígena. Daí conclui-se que a sociedade brasileira é composta majoritariamente pelos indivíduos de cor branca ou raça caucasiana.

Entre os estudantes de 18 (dezoito) a 24 (vinte e quatro) anos de idade de cor branca ou raça caucasiana, formada por 3.876.000 (três milhões oitocentos e setenta e seis mil) membros, 57,9% (cinquenta e sete, nove por cento) frequentam nível de ensino superior (incluindo: graduação, mestrado e doutorado), enquanto os estudantes de 18 (dezoito) a 24 (vinte e quatro) anos

---

<sup>25</sup> MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zelia Maria Neves. *Antropologia: uma introdução*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 275.

de idade de cor preta ou raça negra juntamente com os indivíduos de cor parda ou origem étnico-racial mista totalizam 3.405.000 (três milhões quatrocentos e cinco mil) indivíduos, dos quais 25,4% (vinte e cinco, quatro por cento) freqüentam o ensino superior.

## 5 CONCLUSÃO

Há no Brasil um tipo polêmico de cotas no qual o caráter diferenciador é o racial, isto é, o sistema de cotas raciais. A finalidade desta ação afirmativa é efetivar o acesso à educação superior, dos indivíduos pertencentes à etnia ou raça que, em razão da discriminação racial que lhes é dirigida, são impedidos ou dificultados (material e moralmente) de terem acesso à educação superior e a outras benesses sociais dela decorrentes (tais como melhores salários e cargos). Atualmente, no Brasil, os indivíduos pertencentes à raça negra ou à etnia indígena sofrem a discriminação decorrente do preconceito racial construído ao longo da história.

Inicialmente, é preciso ressaltar que o Brasil não é um exemplo de democracia racial e, certamente, aqui existe preconceito, mas, por outro lado, está muito longe dos regimes segregacionistas adotados mundo afora, sobretudo, daquele outrora vigente nos Estados Unidos, modelo que serve de paradigma pela maioria dos defensores das cotas raciais. Conforme se abstrai do presente trabalho, o Brasil, no que se refere ao relacionamento inter-racial, nasceu e desenvolveu-se de forma totalmente peculiar se comparado aos norte-americanos. Antes mesmo de sua descoberta seus colonizadores já estavam acostumados à miscigenação racial, característica que nos foi repassada.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zelia Maria Neves. **Antropologia: uma introdução**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Guilherme. Pena de. Ações Afirmativas no Direito Constitucional Comparado. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Direito constitucional: leituras complementares**. JusPodivm, 2006.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 4. ed. São Paulo: Método, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo:

## MULTICULTURALISMO: O DISCURSO DOS DIREITOS HUMANOS E A IMPOSIÇÃO CULTURAL OCIDENTAL

Bárbara Camargo Alves<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente artigo disserta acerca da internacionalização dos direitos humanos e do impacto que o conjunto de valores consagrados em instrumentos jurídicos causa em um mundo multiculturalista. Neste sentido, a pesquisa aborda o desenvolvimento da ideia de que há um entrave na efetivação dos direitos humanos internacionais em razão do caráter universal conferido a um

<sup>1</sup> Bárbara Camargo Alves é advogada, graduada em Direito pelo Centro Universitário de Goiás, e Jornalista, graduada em Comunicação Social pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Aluna da pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

conceito criado apenas pela cultura ocidental. Por meio de uma abordagem dedutiva, um estudo histórico e social foi o ponto de partida metodológica para que o artigo apresentasse reflexões acerca da utilização do discurso dos direitos humanos como um mecanismo de intervenção cultural. Por fim, uma análise casuística trata do ativismo jurídico inaugurado na França na década de 1970 com o objetivo de punir com penas graves mulheres que excisavam suas filhas para se chegar à conclusão de que os valores batizados como 'direitos humanos' para o ocidente não se aplica em todo o mundo como pretendeu os organismos internacionais.

**Palavras-chave:** Relativismo Cultural. Multiculturalismo. Direitos Humanos.

## ABSTRACT

This paper discourses about the internationalization of the human rights and the impact caused by the values consecrated in legal instruments in a multicultural world. In this sense, the research addresses the idea that there is an obstacle for the implementation of the international human rights policy because of the universal character given to a concept created only by Western culture. Through a deductive approach, a historical and social study was the scientific method used to promote a reflection on the use of the human rights discourse as a cultural intervention mechanism. Conclusively, a case analysis was made addressing the French legal activism initiated in the 1970s to punish with severe penalties women that uses the 'female circumcision' technique on their daughters, to show that the values baptized as 'human rights' by Western culture do not apply worldwide as intended by international organizations.

**Keywords:** Cultural Relativism. Multiculturalism. Human Rights.

## 1 INTRODUÇÃO

A situação de desrespeito aos direitos humanos em todo o mundo exigiu que os países se unissem de forma a criar um sistema integral e internacional de proteção à pessoa humana. Este sistema surgiu após o fracasso da Liga das Nações e a eclosão da Segunda Guerra Mundial. Nesse cenário, os direitos humanos foram internacionalizados sob o manto da Organização das Nações Unidas (ONU), que objetivava proteger um novo sujeito de direito que surgiu em meio à globalização: o sujeito de direito internacional.

O reconhecimento de que mecanismos internos de proteção não eram suficientes à garantia da dignidade da pessoa humana fortaleceu a teoria que gritava por uma relativização na soberania dos Estados. Dentro deste contexto, a ONU emerge como um organismo centralizador dos objetivos mundiais de

proteção aos direitos humanos e sua primeira resposta foi a elaboração de uma declaração, autointitulada de universal, que lançava um ideal comum a ser atingido por todos os povos de todas as nações.

Ocorre que a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os demais tratados adotados pela ONU, bem como por mecanismos regionais de proteção à dignidade da pessoa humana, encontraram um entrave ao princípio que pretendia universalizar a ideia de direitos humanos: o multiculturalismo. A situação de desrespeito aos direitos humanos colocou em cheque não apenas a soberania dos Estados como também a efetividade de um sistema de proteção que definiu apenas um entendimento do que viria a ser considerado “direitos humanos” – o ocidental – e o universalizou.

O presente artigo não tem por objetivo rechaçar a aplicação dos mecanismos internacionais de proteção à pessoa humana, entretanto procura instigar algumas reflexões acerca da inefetividade desse mecanismo quando aplicado sob o manto da “universalidade” que, em muitos casos, apenas perpetua o desrespeito aos direitos humanos – sobretudo no que concerne à autodeterminação dos povos e do indivíduo.

## **2 COMPREENSÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS E SUA INTERNACIONALIZAÇÃO**

A compreensão dos direitos humanos como um feixe de garantias pertencentes a todas as pessoas, apenas foi positivado em âmbito internacional na segunda metade do século XX. Após as duas grandes guerras mundiais, países se juntaram para dar ao direito internacional uma abordagem humanitária ainda não conhecida em âmbito de pactos e tratados, que antes versaram apenas sobre assuntos econômicos e territoriais.

O estudo dos direitos humanos divide sua abordagem em diferentes aspectos, ora os classificando como direitos naturais e inatos, ora em direitos históricos ou, ainda, em direitos que derivam de um sistema moral condizente

com a cultura do local e da época<sup>2</sup>. Para Lynn Hunt<sup>3</sup>, os direitos humanos são difíceis de determinar porque sua definição é, na verdade, a sua própria existência. Esta compreensão, entretanto, costuma ser refutada sob o aspecto de que uma das mais marcantes características dos direitos humanos é a historicidade<sup>4</sup>.

O caminho pelo qual os direitos humanos atravessaram ao longo de suas gerações de conquistas revela pouco mais de 400 anos de história, de tal sorte que a análise dos múltiplos aspectos que norteiam a definição do tema possuem íntima relação com a evolução histórica das civilizações que abraçaram certas garantias e as classificaram como direitos humanos. Não há como estudar os direitos humanos sem a ressalva de que eles não surgiram ao mesmo tempo, mas de maneira gradativa e em diferentes momentos históricos<sup>5</sup>.

Através de uma abordagem histórica, é possível perceber os avanços no processo que levou à internacionalização e consequente positivação da postura de respeito à dignidade da pessoa humana na civilização ocidental. A normatização, em nível internacional, dos direitos humanos, consubstanciada em tratados, fruto desse processo de internacionalização, somente foi possível com a quebra nos padrões absolutos do conceito de soberania<sup>6</sup>.

A soberania, como uma abstração jurídica, atingiu sua total absolutização no século XVII com a consolidação dos Estados nacionais proclamada na Paz de Vestfália em 1648<sup>7</sup>. Dentro de um Estado, o poder máximo se concentrava na figura do déspota, fora dele, os Estados não consentiam qualquer submissão ao controle de uma comunidade internacional – os Estados eram soberanos em si mesmos.

<sup>2</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>3</sup> HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

<sup>5</sup> BARRETTO, Rafael. *Direitos Humanos*. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

<sup>6</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>7</sup> SILVA, Livia Martins de Souza. Soberania: uma reconstrução do princípio, da origem à pós-modernidade. In: OLIVEIRA, Márcio Luís de. (Org.). *O sistema Internacional de proteção dos Direitos Humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 29-48.



A luta por direitos civis, principalmente aqueles no tocante à liberdade dos indivíduos, travada no decorrer do século XVIII abalou as estruturas até então sólidas de uma soberania absoluta, onde o déspota era identificado como autoridade máxima em seu território estando imune de qualquer interferência externa. Segundo Valério de Oliveira Mazzuoli<sup>8</sup>, o rompimento com a soberania absolutista foi o responsável pelo surgimento da concepção moderna de cidadania.

Nas palavras de Flávia Piovesan<sup>9</sup>, “a relativização da soberania permitiu o advento dos direitos humanos como questão de legítimo interesse internacional”, assim a inauguração do Estado Constitucional de Direito após a Revolução Francesa elevou o indivíduo a um *status* de sujeito de direito internacional. Os primeiros traços de um sistema internacional de proteção, entretanto, surgem no final do século XIX com o Direito Humanitário, seguido pela Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho (OIT), estes últimos na primeira metade do século XX.

Importante marco da internacionalização dos direitos humanos se deu pela união dos Estados vencedores no Pós-Primeira Guerra Mundial (1914-1918) em um grupo internacional batizado como Liga das Nações<sup>10</sup>, que tinha o objetivo de manter a paz e promover a cooperação internacional. A união desses Estados, até então plenamente soberanos, cominou na elaboração da Convenção da Liga das Nações com previsões genéricas relativas aos direitos humanos, que, segundo Flávia Piovesan, redefiniu a noção de soberania absoluta do Estado, já que estes passaram a incorporar compromissos e obrigações de alcance internacional.

No entanto, o antecedente que mais contribuiu para a formação do direito internacional dos direitos humanos foi a Organização Internacional do Trabalho (OIT). A OIT estabelecia critérios básicos de proteção ao trabalhador

<sup>8</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos e cidadania: à luz do novo direito internacional*. Campinas: Minelli, 2002.

<sup>9</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 193.

<sup>10</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

no plano internacional para assegurar padrões de segurança que demonstravam uma preocupação com a proteção da dignidade e manutenção do bem-estar social. O caminho natural seria a sistematização de mecanismos internacionais que visassem a proteção dos direitos humanos, que foram criados, entretanto, somente após os atos nazistas cometidos durante a Segunda Guerra Mundial.

Foi preciso que o mundo visse a banalização dos direitos da pessoa humana para dar a devida atenção a sua violação, tornando o paradigma da negação aos direitos humanos a principal fonte do Direito Internacional dos Direitos Humanos<sup>11</sup>. Assim, os sentimentos gerados no pós-Segunda Guerra Mundial fizeram aflorar todo o processo de internacionalização dos direitos do cidadão por meio da positivação de normas de proteção aos direitos humanos com a criação de uma sistemática internacional de proteção da dignidade da pessoa humana.

Desde a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, o processo de internacionalização dividiu em três etapas a elaboração de um sistema internacional de monitoramento e controle<sup>12</sup>, a saber: elaboração de uma declaração universal de direitos, seguida da positivação dos direitos humanos de forma vinculante e a adoção de medidas de implementação desses direitos. A primeira etapa materializou-se na Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) e foi seguida pelos pactos internacionais divididos em Direitos Civis e Políticos e Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966. A união dos três documentos formou o que a ONU batizou de Carta Internacional dos Direitos Humanos.

A Carta de Direitos Humanos da ONU não trouxe nenhuma limitação às categorias de seres humanos que seriam protegidos pela nova sistemática internacional<sup>13</sup>. Assim, todo e qualquer cidadão – agora um agente dotado de

<sup>11</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>12</sup> Chamada de international accountability

<sup>13</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos e cidadania: à luz do novo direito internacional*. Campinas: Minelli, 2002.

proteção internacional – tornou-se um sujeito de direito dentro da lógica instaurada apenas pela cultura ocidental. Esta abordagem incomodou antropólogos antes mesmo da proclamação da Declaração Universal de Direitos Humanos. À época, o Conselho Executivo da Associação Americana de Antropologia apresentou documento com as seguintes ponderações:

Padrões e valores são relativos à cultura da qual derivam, de forma que qualquer tentativa de formular postulados que brotem de crenças e códigos morais de uma cultura deve, nesta medida, diminuir a aplicabilidade de qualquer Declaração de Direitos Humanos a toda a humanidade<sup>14</sup>.

A internacionalização dos direitos humanos foi seguida pela tentativa de universalização desses direitos, ainda que o mundo não vivesse sob uma única concepção ideológica, cultural e econômica. Os próprios trabalhos preparatórios dos pactos de 1966 foram influenciados pela diversidade ideológica mundial da época. No auge da Guerra Fria e da bipolarização político-ideológica, muito se discutiu acerca de quais direitos mereciam ser positivados em documentos internacionais vinculantes<sup>15</sup>.

Do lado capitalista, o pacto deveria versar apenas sobre os aspectos individuais dos direitos humanos, de modo que o ocidente defendia a criação de um tratado que assegurasse tão somente os Direitos Civis e Políticos. Para os socialistas, por outro lado, os direitos individuais não mereciam o mesmo destaque dos coletivos, assim, a URSS defendeu a criação de um pacto com a proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. A disputa levou a ONU repensar a ideia inicial de elaborar apenas um pacto que tratasse de todos os direitos inerentes à pessoa humana<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> STEINER, ALSTON, 2000. Apud FRANCISCO, Rachel Herdy de Barros. *Diálogo intercultural dos direitos humanos*. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/332552674/Diálogo-Intercultural-Dos-Direitos-Humanos>>. Acesso em: 2 jul. 2016. p. 10.

<sup>15</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>16</sup> Antônio Augusto Cançado Trindade explica que o bloco capitalista, liderado pelos Estados Unidos da América, por meio de uma visão liberal de Estado, defendia a positividade apenas dos direitos humanos de primeira geração protegendo o cidadão contra os abusos estatais. Em contrapartida, os socialistas, liderados pela União Soviética, entendiam pela institucionalização dos direitos humanos de segunda geração, que criam obrigações positivas para os Estados entorno dos direitos sociais visando à promoção do homem, a exemplo do direito ao trabalho, à segurança, à previdência, à cultura, dentre outros.

Ainda que a intenção da Organização das Nações Unidas fosse a de proteger toda a população mundial diante de possíveis violações aos direitos humanos dos *cidadãos internacionais*, o propósito de preservar direitos universais em um mundo multicultural foi um forte indicativo de que o “universalismo” proclamado na segunda metade do século passado buscava aplicar em todo o mundo aquilo que o ocidente – berço da ONU – entendia por direitos humanos. Neste sentido, não é difícil se chegar ao entendimento que o conceito de direitos humanos universais da ONU não seria muito bem digerido em todo o mundo – inclusive por países signatários daquela organização.

O advogado Marcus Vinícius Reis, no ensaio *Multiculturalismo e Direitos Humanos*, lembrou-se do professor indiano R.C. Pandeya, da Universidade de Delhi, quando este ressalta em seu livro<sup>17</sup> a surpresa com que os seus compatriotas encaram a perspectiva ocidental dos direitos humanos. O autor conta que para um hindu não há que se falar na existência de direitos apenas pelo fato de ser humano. Na cultura jurídico-social da Índia a presença de uma carta de direitos humanos deve estar atrelada à existência concomitante de obrigações por parte dos indivíduos titulares desse direito, de modo que os direitos devem ser conquistados e são resultados de obrigações.

Tais debates demonstram que a pretensa universalização dos direitos humanos, como proclamou a ONU na Declaração Universal de Direitos Humanos, encontraria barreiras diante de um mundo plural. Naquele momento a principal barreira era ideológica, já que o mundo estava dividido entre comunistas e capitalistas. Entretanto o fim da Guerra Fria e a dissolução da URSS não universalizaram o mundo e estas barreiras estão atualmente concentradas em diversos eixos, como norte-sul, países desenvolvidos-subdesenvolvidos e, sobre tudo, na questão cultural que diferencia o ocidente do oriente<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> PANDEYA, R.C. Fundamentos filosóficos de los derechos humanos. Perspectiva hindu. In: *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*. Unesco/Serbal: Barcelona, 1985, p. 299.

<sup>18</sup> FRANCISCO, Rachel Herdy de Barros. *Diálogo intercultural dos direitos humanos*. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/332552674/Dialogo-Intercultural-Dos-Direitos-Humanos>>. Acesso em: 2 jul. 2016. p.12

### 3 UNIVERSALISMO: DIREITOS HUMANOS COMO DISCURSO PARA A INTERVENÇÃO CULTURAL

O estudo dos Direitos Humanos não pode se afastar da análise multicultural das civilizações que formam o palco de atuação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, ainda que o sistema internacional fundamente suas bases sob uma perspectiva de universalização desses direitos. Desde que levada para o plano internacional, a dignidade da pessoa humana passou a ser habitualmente definida como o valor que identifica o humano como tal, de modo que as questões culturais estariam localizadas em um patamar secundário.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet<sup>19</sup>, entretanto, esta definição “acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, pelo menos na sua condição jurídico-normativa”. Nesta linha de entendimento, a dignidade humana não pode ser compreendida apenas como uma união dos direitos conquistados nas primeiras gerações de direitos humanos de modo a ignorar a autodeterminação dos povos e a o direito à manifestação cultural. Neste aspecto, a questão que se apresenta é: até que ponto o direito internacional dos direitos humanos pode interferir nas tradições culturais e nas manifestações religiosas de cada um dos povos?

A universalidade proclamada pela ONU na Declaração Universal dos Direitos Humanos compreende o feixe de garantias dos indivíduos no sentido de que esses direitos se destinam a todas as pessoas sem qualquer tipo de discriminação e sem qualquer tipo de ressalva quanto à etnia, opção religiosa ou sexual. Entretanto, conforme bem colocado por Ingo Wolfgang Sarlet, a ideia de dignidade da pessoa humana não é algo puramente apriorístico, visto que apenas se concretiza dentro dos parâmetros histórico-culturais.

Neste sentido, a defesa dos direitos humanos naturais, ou direitos pré-concebidos, afasta toda uma histórica luta que possibilitou a conquista dos

---

<sup>19</sup> SARLERT, Ingo Wolfgang. As Dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 9, 2007.

direitos humanos ao longo de suas gerações. O momento histórico dos povos é determinante na conquista dos direitos humanos, de modo que a tese de que eles seriam direitos naturais, decorrentes da própria natureza das coisas, resta prejudicada diante de sua manifesta historicidade<sup>20</sup>. Os direitos humanos são fruto de um processo histórico, entretanto o direito internacional dos direitos humanos ancora suas bases em um mundo multicultural – onde cada civilização detém processos históricos particulares.

A definição de aquisição biológica dos direitos humanos acaba por ignorar o caráter de aprendizado cultural, não obstante o entendimento de que o pensamento humano possui uma capacidade ilimitada para obter conhecimentos e, inclusive, revisar e alterar seus valores com a evolução da sua própria civilização. Tendo por base a cultura ocidental, as conquistas dos direitos humanos foram históricas, eis que os ganhos obtidos foram progressos internos de uma civilização que alterou seu próprio entendimento do que era culturalmente aceito e daquilo que perpassa questões culturais e atingem a dignidade da pessoa humana.

Dentro de uma perspectiva multicultural, cada civilização se apropria de um conceito hermenêutico de direitos humanos que, segundo Boaventura de Souza Santos<sup>21</sup>, são sempre incompletos<sup>22</sup>. Entretanto, apenas a cultura ocidental tende a elevar o seu próprio conceito de direitos humanos à condição de universal. Para o autor, o conceito internacional de direitos humanos assenta em um conjunto de pressupostos tipicamente ocidentais. “Todas as culturas

<sup>20</sup> “Do ponto de vista teórico, sempre defendi - e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos - que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.” BÓBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 8ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 5.

<sup>21</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Uma concepção multicultural dos direitos humanos*. 2001. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/42185/1/Uma%20concep%C3%A7%C3%A3o%20multicultural%20de%20direitos%20humanos.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2016.

<sup>22</sup> O autor defende a tese das incompletudes mútuas, onde nenhuma definição de direitos humanos é completa em razão das limitações que cada cultura (ocidental, hinduísta e mulçumana) impõe ao tema.

tendem a considerar seus valores máximos como os mais abrangentes, mas apenas a cultura ocidental tende a formulá-los como universais”<sup>23</sup>.

Se, por um lado, tanto no plano internacional quanto no plano nacional, existe um discurso reiterado que afirma fortemente a importância dos direitos humanos, por outro, não é possível desconsiderar que a “universalização” de um conceito tipicamente ocidental possibilitaria a apropriação do discurso dos direitos humanos para a promoção de intervenções culturais – e econômicas – dos grupos hegemônicos sobre aqueles subjugados. Boaventura de Souza Santos lembra que a história dos direitos humanos no pós-guerra evidencia que as políticas de direitos humanos serviram aos interesses econômicos e geopolíticos dos Estados capitalistas dominantes.

Segundo Hardt e Negri<sup>24</sup>, a dominação colonialista foi gradativamente desaparecendo até cerca de meados do século XX, dando espaço para uma nova forma de império. Para os autores, o conceito de “império” nesta nova abordagem trata da ausência de fronteiras espaciais e temporais “de modo a administrar não apenas um território com sua população, mas também o próprio mundo que ele [império] cria”. Neste contexto, o que prefigura a disseminação do novo império na atualidade é a Organização das Nações Unidas (ONU).

Essa prefiguração não deixa de implicar um consenso na medida em que, do ponto de vista de sua missão e de seus propósitos oficiais, a ONU não teria qualquer pretensão imperial, tampouco seria imperialista, mas, se ela for apreendida sob a ótica das características do “conceito” de “império”, será mais fácil discernir o que os levam a situá-la como uma prefiguração do que hoje é o “império”.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Uma concepção multicultural dos direitos humanos*. 2001. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/42185/1/Uma%20concep%C3%A7%C3%A3o%20multicultural%20de%20direitos%20humanos.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2016. p. 112

<sup>24</sup> HARDT, M.; NEGRI, A. *Multitude: War and Democracy in the age of Imperium*. New York: Penguin Press, 2004. Para uma definição ontológica de multidão. Lugar Comum, Rede Universitária Nômade, n. 19-20. Apud: LAIA, Sérgio. *O que é “Império”, o que são “imagens”*. Rio de Janeiro: Record, 2015.

<sup>25</sup> LAIA, Sérgio. *O que é “Império”, o que são “imagens”*. Rio de Janeiro: Record, 2015.

Neste ponto, ainda que as pretensões estabelecidas pela ONU não fossem a de tornar-se um *império*, o proposito de preservar direitos “universais” em um mundo multicultural a colocou nesta condição. Neste sentido, o processo de globalização consolidado no século passado facilitou a utilização do discurso dos direitos humanos como mecanismo de intervenção cultural. No lugar de compreender as especificidades de cada civilização, a integração das relações sociais em nível mundial simplificou o processo de dominação cultural adotado pelos grupos hegemônicos, ou seja, a globalização tornou ainda mais fácil o processo de dominação de uma cultura sobre outra.

A primeira forma de globalização é o localismo globalizado. Consiste no processo pelo qual determinado fenômeno local é globalizado com sucesso [...]. À segunda forma de globalização chamo de globalismo localizado. Consiste no impacto específico de imperativos transacionais nas condições locais.<sup>26</sup>

Seguindo no conceito de globalização adotado por Boaventura de Souza Santos, em um primeiro momento os grupos hegemônicos elevam à condição de global suas tradições locais – no caso dos direitos humanos, o imperialismo ocidental universalizou (ou globalizou) aquilo que o ocidente (local) entende por direitos humanos. Em um segundo momento, passou a incentivar as praticas locais já globalizadas (ocidentais) nas tradições específicas de cada cultura.

A própria análise histórico-cultural do termo “direitos humanos” demonstra a impossibilidade de promover a universalização proclamada pela Carta de Direitos Humanos da ONU. Se os direitos humanos são hoje o resultado de uma conquista histórica e essa história não é compartilhada por todas as civilizações de modo semelhante, não há que se falar em um conceito único de direitos humanos, mas variados conceitos criados a partir de diferentes perspectivas de jus filosóficas. Exemplo disso é o fato de que a própria

---

<sup>26</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Uma concepção multicultural dos direitos humanos*. 2001. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/42185/1/Uma%20concep%C3%A7%C3%A3o%20multicultural%20de%20direitos%20humanos.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2016. p. 97.



Declaração Universal de 1948 foi elaborada sem a participação da maioria dos povos do mundo, o que torna temerária a utilização do termo “universal”.

Neste aspecto, tratar os direitos humanos como universais sem um debate entre as diferentes culturas poderia significar uma substituição do imperialismo das grandes potências pelo imperialismo cultural representado pela ONU. Apenas se equilibra as competências globais com as tradições específicas de cada civilização por meio da aceitação do multiculturalismo, de modo a retirar o conceito de direitos humanos da condição de “localismo globalizado” e transformá-lo em projeto cosmopolita<sup>27</sup>.

#### 4 FRANÇA: ATIVISMO PELA CONDENAÇÃO DE MÃES DE CRIANÇAS EXCISADAS

A excisão é uma prática realizada em mulheres com até 49 anos de idade em dezenas de países africanos de cultura mulçumana, especialmente em Mali, Senegal, Mauritânia, Gambia e Guiné. O Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) estima que cerca de 200 milhões de mulheres já foram submetidas à prática em 29 países da África e do Oriente Médio, onde há maior incidência de casos<sup>28</sup>. Os termos *excisão* ou *circuncisão* eram preferivelmente empregados pelos antropólogos, na medida em que refletia uma apreciação neutra da prática, entretanto foram substituídos por “mutilação” pela OMS em 1992<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Uma concepção multicultural dos direitos humanos*. 2001. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/42185/1/Uma%20concep%C3%A7%C3%A3o%20multicultural%20de%20direitos%20humanos.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2016. p. 113.

<sup>28</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. UNFPA e UNICEF promovem maior programa global pelo fim da mutilação genital feminina. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/video-unfpa-e-unicef-promovem-maior-programa-global-pelo-fim-da-mutilacao-genital-feminina/>>. Acesso em: 29 Jun. 2016.

<sup>29</sup> A Organização Mundial da Saúde utilizou o termo “mutilação” para se referir à excisão pela primeira vez em uma reunião em 1992 e, em seguida, na Declaração Conjunta de 1997 pelo fato de a palavra mutilação enfatizar a gravidade do ato. Algumas agências da ONU, entretanto, utilizam a expressão “mutilação da genitália feminina / corte” visto que o termo adicional “corte” procura refletir a importância de terminologia imparcial e não valorativa junto das comunidades praticantes. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Eliminação da mutilação genital feminina**. Disponível em: <<http://www.who.int/eportuguese/publications/mutilacao.pdf>> Acesso em: 01 jul. 2016.

A prática é usualmente justificada por meio do argumento de que promove a autodisciplina sexual da mulher, como uma forma de assegurar ao homem a fidelidade de sua esposa. Os locais que mais praticam a excisão invocam a tradição, o costume ou a religião para legitimar a circuncisão feminina – sobretudo em razão do fato de que alguns países africanos estão abolindo a prática de seu ordenamento jurídico. Da perspectiva religiosa, a excisão é mencionada em uma passagem do *Hadith*<sup>30</sup>, muito embora o Alcorão não faça qualquer menção ao procedimento – daí a razão de a excisão não ser um costume comum de todos os países muçumanos.

O procedimento de excisão pode ocorrer de três formas distintas: a tradicional, que consiste tão somente na remoção da ponta do clitóris; a clitoridectomia, que envolve a retirada de todo o clitóris e parte dos lábios vaginais; e a faraônica, que remove todo o clitóris, os lábios vaginais e costura o que sobrou de um lado da vulva ao outro. Nesta última, o que resta da genitália é apenas um pequeno orifício para a menstruação e urinação, de modo a tornar a prática sexual um ato extremamente doloroso<sup>31</sup>.

Muito embora a excisão seja uma prática mais comum em países muçumanos, sobretudo na África e no Oriente Médio, a nacionalidade não é significativa. Em razão das migrações de famílias muçumanas para os Estados Unidos e para países europeus, a excisão também é realizada em locais de cultura ocidental. Na França, grupos de advogados passaram a levar aos tribunais processos contra famílias e pessoas que praticavam a excisão a partir da década de 1970, suscitando polêmicas violentas sobre questões como tradição cultural, direitos humanos e o relativismo cultural<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Hadith é o registro dos preceitos do profeta Maomé que constituem a sua Sunna, ou exemplo. Aceita-se como a principal fonte de crença e prática islâmica. Em termos de autoridade, o Hadith está atrás apenas do Alcorão. HADITH: informação geral. Disponível em: <<http://mb-soft.com/believe/ttw/hadith.htm>> Acesso em: 01. jul. 2016.

<sup>31</sup> FRANCISCO, Rachel Herdy de Barros. *Diálogo intercultural dos direitos humanos*. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/332552674/Diálogo-Intercultural-Dos-Direitos-Humanos>>. Acesso em: 2 jul. 2016. p. 75.

<sup>32</sup> WELL-CURIEL, Linda. A Excisão na França. In: OCKRENT, Christine (Org.). *O livro negro da condição das mulheres*. Rio de Janeiro: DIFEL, 2011. p. 175-194.

A França não foi a única a enfrentar o problema. Alguns países europeus, preocupados com a vinda de mulheres africanas para o continente, editaram leis contra a excisão, transformando o tema em uma questão criminal. Atualmente, países como o Reino Unido, Suécia, Áustria, Chipre, Itália, Croácia, Espanha, Irlanda, Dinamarca e Bélgica possuem disposições penais específicas em matéria de circuncisão da genitália feminina, as demais legislações enquadram a prática nas tipificações relativas à ofensa da integridade física de outrem<sup>33</sup>.

De modo geral, a justiça francesa não punia a prática de excisão em razão da ausência de comunicação dos casos por médicos que tratavam meninas e mulheres com problemas de saúde ocasionados pela cirurgia, ou em razão da falta de crime específico para penalizar aqueles que recorriam à tradição. Entretanto, a morte de uma criança de três anos após passar por um procedimento de excisão despertou um grupo de advogados que começaram a movimentar o sistema judiciário e a mídia em busca de punir a prática a partir da década de 1970.

A batalha jurídica travada à época consistia em demonstrar a incompetência do tribunal correcional francês<sup>34</sup> para julgar os casos de excisão e obter jurisprudência que permitisse que os processos de excisão fossem julgados pela *cour d'assises*<sup>35</sup>. Diante da *cour d'assises* os pais ou responsáveis pela excisão poderiam receber penas de até 30 anos de reclusão<sup>36</sup>. Ocorre que em razão dos costumes, a excisão é uma prática realizada apenas por mulheres, em sua grande maioria que foram igualmente excisadas nos primeiros anos da

<sup>33</sup> EUROPEAN INSTITUTE FOR GENDER EQUALITY. *Situação atual em matéria de mutilação genital feminina em Portugal*. Disponível em: <[http://eige.europa.eu/sites/default/files/documents/current\\_situation\\_and\\_trends\\_of\\_female\\_genital\\_mutilation\\_in\\_portugal.pdf](http://eige.europa.eu/sites/default/files/documents/current_situation_and_trends_of_female_genital_mutilation_in_portugal.pdf)>. Acesso em: 02.jul.2016.

<sup>34</sup> Tribunal responsável por julgar crimes de menor potencial ofensivo, ou aqueles cujas penas não passam de 10 anos de prisão.

<sup>35</sup> Julga crimes mais graves, passíveis de reclusão e perpetuidade.

<sup>36</sup> WELL-CURIEL, Linda. A Excisão na França. In: OCKRENT, Christine (Org.). *O livro negro da condição das mulheres*. Rio de Janeiro: DIFEL, 2011.

infância ou da adolescência. Diante desse fato, os países europeus acabam por punir, em sua grande maioria, mulheres igualmente excisadas<sup>37</sup>.

A advogada francesa que atuou nesses processos, Linda Well-Curiel, conta que em fevereiro de 1999 a polícia francesa prendeu uma mulher responsável por excisar meninas africanas em Paris, o que levou ao banco dos réus 25 genitores de filhas excisadas. Ocorre que no total, apenas três pais foram condenados. Nos demais casos, apenas as mães foram punidas, ainda que nenhuma criança possa ser excisada sem o assentimento paterno. Tal fato fez com que muito franceses e africanos<sup>38</sup> criticassem os processos, afirmando que eles estigmatizaram uma população que respeita seus costumes e que prendiam apenas mulheres.

A rigor, pode-se contestar a prática da circuncisão da genitália feminina por diversas frentes, em sua maioria ocidentais. Entretanto, a punição de mulheres que sofreram a excisão e repetiram a prática em suas filhas desconsidera qualquer implicação cultural do tema, tratando-o unicamente como um problema penal. Desse modo vislumbra-se o tratamento de uma questão cultural interna por uma cultura (imperial) externa.

Muito embora a prática da excisão seja repudiada pela Associação de Mulheres Africanas para a Pesquisa e o Desenvolvimento (AAWORD), cujo objetivo é conduzir estudos sobre a libertação do povo africano, a entidade afirma que se trata de um problema das mulheres africanas, e que não se pode vislumbrar qualquer mudança a esse respeito sem uma ativa participação delas<sup>39</sup>.

## 5 CONCLUSÃO

<sup>37</sup> WELL-CURIEL, Linda. A Excisão na França. In: OCKRENT, Christine (Org.). *O livro negro da condição das mulheres*. Rio de Janeiro: DIFEL, 2011. p. 189.

<sup>38</sup> WELL-CURIEL, Linda. A Excisão na França. In: OCKRENT, Christine (Org.). *O livro negro da condição das mulheres*. Rio de Janeiro: DIFEL, 2011. p. 190.

<sup>39</sup> FRANCISCO, Rachel Herdy de Barros. *Diálogo intercultural dos direitos humanos*. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/332552674/Diálogo-Intercultural-Dos-Direitos-Humanos>>. Acesso em: 2 jul. 2016. p. 76.

Tratar de direitos humanos universais em um mundo não uniforme é um tema complexo, eis que as normas internacionais que disciplinam a matéria não foram feitas com a participação de toda a humanidade. Existe um entendimento universal dos direitos humanos conceituado apenas pela cultura ocidental, de modo que seu conceito não foi aceito por todos os povos como quis os organismos internacionais.

Neste ponto, não existe aplicação universal dos direitos humanos, mas sim a imposição dos direitos humanos locais em âmbito universal. Entendemos que enquanto o tema não for tratado e discutido por toda a humanidade, considerando o que cada cultura conceitua por direitos humanos, o direito internacional dos direitos humanos continuará inócuo. A despeito da ausência de soluções para a questão apresentada, a única possibilidade de ver uma aplicação em âmbito global dos direitos humanos emana de uma normatividade pautada no diálogo e no respeito mútuo entre as culturas.

Se, conforme entendimento da doutrina majoritária, o conceito de direitos humanos deriva de uma construção histórico-cultural, não haveria qualquer lógica jurídica, antropológica e sociológica em aplicar o conceito saído da evolução histórica de uma cultura em nações que tiveram diferentes evoluções histórico-culturais. Neste aspecto, alguns temas causam polêmicas. O uso do véu, a poligamia e a circuncisão da genitália feminina, para citar alguns, divide defensores dos direitos humanos entre os que tratam da matéria com base na legislação universal dos direitos humanos e aqueles que entendem o tema apenas se discutido sob o manto do multiculturalismo – como se apresenta o presente artigo.

Ainda que a excisão não seja uma prática defensável sob qualquer aspecto –sobretudo quando enxergada por uma mulher criada dentro da lógica cultural ocidental –, a imposição da cultura ocidental sobre as mulheres orientais é uma submissão tão condenável quanto aquela praticada por sua própria cultura. A primeira retira dessas mulheres o direito de autodeterminação enquanto grupo, e da escolha de se posicionar dentro da lógica de suas próprias tradições e costumes. A segunda nega à mulher o direito

de autodeterminar-se enquanto sujeito, retirando dela a escolha certa da disposição de seu próprio corpo.

Dito de outra forma, o que se deve entender por universal não é o feixe de direitos e garantias que o ocidente entende por aplicáveis a todos os sujeitos de direito internacional, visto que, para além da aceitação, este entendimento pode até não ser compreendido por culturas que não pactuam das mesmas tradições ocidentais. Os direitos humanos, para serem mesmo universais, deveriam ser entendidos como o direito de cada povo à autodeterminação, tanto como pessoa quanto como sujeito pertencente a um grupo social e cultural.

## REFERÊNCIAS

BARRETTO, Rafael. **Direitos humanos**. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

FRANCISCO, Rachel Herdy de Barros. **Diálogo intercultural dos direitos humanos**. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/332552674/Dialogo-Intercultural-Dos-Direitos-Humanos>>. Acesso em: 2 jul. 2016.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos humanos e cidadania: à luz do novo direito internacional**. Campinas: Minelli, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Uma concepção multicultural dos direitos humanos**. 2001. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/42185/1/Um%20concep%C3%A7%C3%A3o%20multicultural%20de%20direitos%20humanos.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2016.

SARLERT, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 9, 2007.

SARLERT, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER, Jayme. Dignidade (da pessoa) humana, direitos humanos e fundamentos e ensino jurídico: algumas aproximações. In: CARLINI, Angélica; NALINI, José Renato (Org.). **Direitos Humanos e Formação Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, Livia Martins de Souza. Soberania: uma reconstrução do princípio, da origem à pós-modernidade. In: OLIVEIRA, Márcio Luís de. (Org.). **O sistema Internacional de proteção dos Direitos Humanos**: interface com o direito constitucional contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 57, 2010.

WELL-CURIEL, Linda. A Excisão na França. In: OCKRENT, Christine. Org. **O Livro Negro da Condição das Mulheres**. Rio de Janeiro: DIFEL, 2011.

# ESTADO E DIREITO DO TRABALHO: OS LIMITES DA IGUALDADE JURÍDICA

Bárbara Silva Brandão<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar o modo de produção capitalista e suas implicações para o desenvolvimento de suas forças produtivas nesta sociedade e como a partir delas será possível criar uma nova relação social entre os indivíduos através da troca de mercadorias e do valor. A complexificação das relações entre os indivíduos torna cada vez mais necessária a existência de formas políticas e jurídicas que se traduzem na figura do sujeito de direito, da igualdade jurídica formal e das instituições que assegurem um mínimo de direitos para manutenção do equilíbrio da sociedade de classes.

**Palavras-chave:** Estado. Direito do Trabalho. Sujeito de Direito.

## ABSTRACT

This work intends to make a brief study regarding the existential damage, through its origins in the Italian civil law and its importance in ensuring the balance sheet rights. We analyze, especially as it can be set up under the law of the Brazilian work and what the implications of procedural labor law, in particular its evidentiary demonstration, which has been a big problem for the grant of appropriate redress.

**Keywords:** State. Labor Law. Legal Subject

## 1 INTRODUÇÃO

O Estado e suas instituições só podem ser avaliados se reconhecido o seu caráter histórico e como em cada momento histórico, se organizam. Partimos da compreensão de que historicamente o Estado é um instrumento de dominação de classe, mas isso não quer dizer que se organiza da mesma forma em qualquer momento histórico.

---

<sup>1</sup> Advogada. Aluna de Pós-graduação lato sensu em Direito do Trabalho e Previdenciário do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB/ICPD.



Em momentos históricos anteriores, o Estado como hoje o conhecemos se organizava de outra forma, a partir de outro modo de produção. Enquanto no Estado capitalista temos a divisão entre a classe que domina economicamente e a que domina politicamente, nos modos de produção anteriores isto não existia, pois a classe que dominava politicamente também dominava economicamente, tendo o Direito um viés mais de privilégios de classe do que algo universalizado.

Sendo o Estado, na forma que o conhecemos atualmente, um fenômeno específico do modo de produção capitalista não podemos entendê-lo a partir das relações políticas, mas sim das relações produtivas (econômicas). Neste modo de produção existe uma separação crucial entre quem detém os meios de produção e quem produz, relação esta estabelecida pelo trabalho assalariado e que constitui as bases da exploração capitalista.

Como a apropriação da força de trabalho não é feita na forma da violência direta, se fez necessária a existência de uma terceira organização social e política que não se identificasse diretamente nem com a burguesia, nem com os trabalhadores, mas que garantisse a circulação das mercadorias e ainda servindo de instrumento para a própria reprodução do capital.

Estando a sociedade estruturada na dinâmica das trocas mercantis o Estado aparece, então, como um terceiro apartado das classes fortalecido pela exploração do trabalho assalariado, mas ao mesmo tempo necessário para a sua manutenção, uma vez que sem ele o domínio do burguês sobre o trabalhador se daria de forma direta como ocorria no escravismo e no feudalismo.

Portanto, o Estado não está a serviço da burguesia para que lá ela exerça seu poder e muito menos serve para atender aos interesses da classe trabalhadora, porém ele se torna peça essencial de construção social e política.

Com efeito, se é verdade que o Estado pode ora atuar “em favor” dos capitalistas e ora atuar “em favor” dos trabalhadores, contra os excessos de exploração, isto, contudo, não implica que o Estado serve indiferentemente a qualquer das classes sociais. Tal como mencionado acima, o aparelho estatal existe não como mero órgão de

poder diretamente nas mãos da burguesia, muito menos ainda como órgão de poder nas mãos do proletariado, mas como órgão de poder da ordem social em função da qual uma parcela da sociedade se faz classe dominante e outra parcela se faz classe dominada. Para reproduzir a si mesmo, ao Estado incumbe reproduzir esta ordem, impedindo que a exploração e os conflitos ultrapassem o nível suportável. Ao Estado incumbe, portanto, garantir as condições de multiplicação do capital- e, não raro, o Estado deve, para tanto, voltar-se contra os próprios capitalistas. Mas, ao voltar-se contra os capitalistas em particular, o Estado não age propriamente em favor da classe trabalhadora, age sempre em favor do capital- isto é, em favor da continuidade da exploração e apenas reflexamente em benefício dos explorados.<sup>2</sup>

Assim, para esse trabalho, o Estado referenciado é o das condições atuais no Brasil, qual seja: Estado liberal burguês, com ênfase nas instituições do Estado Democrático de Direito, com suas constituições fundamentais esculpidas na Constituição Federal de 1988.

Esse mesmo Estado brasileiro com as características descritas acima só pode ser compreendido se entendermos como a sociedade capitalista se constrói historicamente. Para isso descrevemos, ainda que sucintamente, o embasamento teórico para essa conclusão.

Toda sociedade passa pela relação estabelecida pelos homens com a natureza para produzir, ou seja, o trabalho produtivo. A espécie humana trabalha sobre a natureza, arrancando-lhe mais e melhores matérias-primas e fontes de energia, desenvolvendo mais e melhores ferramentas e técnicas para produzir mais riquezas. Esta relação entre os homens e a natureza é denominada de infraestrutura ou meios de produção, ou ainda, forças produtivas.

Outra categoria interna à sociedade, é a relação que os homens estabelecem entre si para produzir e distribuir os produtos. Se a infraestrutura é a relação homem-natureza, a estrutura é a relação homem-homem, dentro da

---

2 KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. *Crítica da igualdade jurídica*: contribuição ao pensamento jurídico marxista. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 110-111.

economia da sociedade. Dito de outra forma: como é apropriado aquilo que é produzido.

Para a teoria marxista, essa divisão entre os homens em classes sociais se dá devido a fatores econômicos, a forma que cada grupo de homens se relaciona com os meios de produção, que conforme se organizam, a partir da relação com os meios de produção – se produzem ou se apropriam do produto - formarão uma classe social, no capitalismo a burguesia ou o proletariado.

Portanto, em resumo, a estrutura de uma sociedade é a forma como os homens se relacionam para produzir; é a forma como esses homens estão divididos em classes dentro dessa sociedade.

Por fim e determinante para o estudo em questão, Marx apontou que existiam outros fenômenos da vida social, que eram distintos, que não entram nem na infraestrutura e nem na estrutura da sociedade; São as instituições e as ideologias, representadas pelo Estado, igreja, escola, parlamento, forças armadas, concepções de mundo, nacionalismo, etc.

A ideologia é um nível constitutivo de toda sociedade que, como forma de consciência social, expressa um conjunto de crenças, opiniões e ideias sobre o homem, a sociedade, a história e o mundo. Apoiando-se em valores admitidos, proporciona um sistema de representação mental acerca do modo com que os homens se relacionam entre si, com a sociedade e com o mundo. Esse sistema que configura a ideologia é uma resposta a interesses, aspirações e ideais de uma classe social ligada a condições de existência que determinam atitudes e comportamentos que orientam e que justificam as ações práticas dos homens conforme a esses interesses, aspirações ou ideais de classe.

As ideologias se desenvolveram e sempre foram utilizadas de acordo com a classe social que delas necessitava. Por exemplo, a concepção ideológica de que os reis são os representantes de Deus na terra, surgiu e foi utilizada na Idade Média pelos reis da Europa, e foi difundida na época pela Igreja católica que era a maior proprietária de terras de então e mantinha esses privilégios através de acordos com ditos monarcas; Ou podemos citar na atualidade a

constante busca de legitimação por parte de vários regimes para se justificarem enquanto dominação. Tendo em mente que o Estado para existir precisa de alicerces, de uma estrutura que exteriorize sua existência, isto ocorre através das instituições que apareceram à medida que novas formas de produção foram se desenvolvendo.

Com o desenvolvimento da vida social foram se complexificando grupos de homens especialistas em atividades não produtivas, destinados a administrar não só os meios de produção, mas também os próprios homens. Surgiram os governantes, os soldados, os padres e sacerdotes, os professores, os juízes, etc. Segundo sua especialidade, esses homens se organizam nas distintas instituições: exército, igreja, parlamento, Poder Judiciário, etc.

A criação de grupos financeiros estatais possibilitou o surgimento de homens que vivem destes recursos: empregados e funcionários. Na época feudal as funções administrativas e judiciárias eram desempenhadas pelos servidores do senhor feudal. Os serviços públicos, no sentido próprio do termo, só apareceram ao contrário, nas comunidades urbanas; o caráter público da autoridade encontra, então, aí sua encarnação material. A procuração, no sentido do direito privado, como mandato dado para conclusão de negócios jurídicos, destaca-se do serviço público. A monarquia absoluta, então, teve apenas de apossar-se desta forma de autoridade pública que havia surgido nas cidades e aplicá-las a um território mais amplo. Todo aperfeiçoamento posterior do Estado burguês, que teve lugar seja nas explosões revolucionárias, seja na adaptação pacífica aos elementos monárquicos feudais, pode ser relacionado com um único princípio, mediante o qual nenhum dos dois agentes da troca no mercado pode disciplinar a relação de troca por sua própria autoridade; esta, ao contrário, exige uma terceira parte que encarne a garantia recíproca que os possuidores de mercadorias se outorgam mutuamente na qualidade de proprietários que são e, personificados, por conseguinte, as regras das relações de troca entre os possuidores de mercadorias.<sup>3</sup>

Essas instituições são a base do Estado, é o que dá lhe corpo. Assim se essas instituições cumprem o papel de “representar” o Estado de forma que ele se faça presente na vida das pessoas (escola, saúde, trabalho, etc), também

<sup>3</sup> PACHUKANIS, Evgeny. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Acadêmica, 1988, p. 102.

servem para disseminar a ideologia estatal ou mesmo aplicar a força, de fazer cumprir a lei, sobretudo aquelas ligadas ao exercício do Direito, expressam as relações de produção da sociedade. O Judiciário, reconhece e ajuda a perpetuar categorias próprias de uma sociedade de classes, como a preponderância da propriedade privada, o assalariamento, os contratos, dentre outras formas.

Os papéis desempenhados hoje por essas instituições só podem ser compreendidas tendo em conta o funcionamento das bases econômicas da sociedade e da produção material capitalista. Como diz Marx:

Minha investigação desembocou no seguinte resultado: relações jurídicas, tais como formas de Estado, não podem ser compreendidas nem a partir de si mesmas nem a partir do assim chamado desenvolvimento geral do espírito humano, mas, pelo contrário, elas se enraízam nas relações materiais de vida, cuja totalidade foi resumida por Hegel sob o nome de "sociedade civil" (*bürgerliche Gesellschaft*), [...] Na produção social da própria vida, os homens contraem relações determinadas, necessárias, independentes da sua vontade, relações de produção estas que correspondem a uma etapa determinada de desenvolvimento das suas forças produtivas materiais. A totalidade dessas relações de produção forma a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se levanta uma superestrutura jurídica e política, e à qual correspondem determinadas formas sociais determinadas de consciência. O modo de produção da vida material condiciona o processo em geral de vida social, político e espiritual.<sup>4</sup>

Tal definição ajuda a compreendermos que as representações dadas pelas instituições através das normas, do Direito e também da moral são criações humanas, possíveis com o desenvolvimento das forças produtivas e o mundo material, ou seja, é necessário que haja uma base material para sustentar essas representações. Sendo assim, essas instituições que operam com o Direito somente se tornaram possíveis em uma sociedade dividida em classes. O Estado assim se manifesta como parte necessária para a reprodução do capitalismo, executando a dominação e garantindo a exploração do trabalho assalariado, a propriedade privada e a mercantilização da força de trabalho.

---

4 MARX, Karl. Prefácio à crítica da economia política. In: MARX, Karl, *Para a crítica da economia política*: salário, preço e lucro: rendimento e suas fontes. São Paulo: Abril Cultural, 1986, p. 25.

## 2 INSTITUIÇÕES POLÍTICAS E O DIREITO DO TRABALHO

### 2.1 Forma política e instituições políticas

A forma política<sup>5</sup> do Estado capitalista está intrinsecamente ligada ao valor e à mercadoria, pois no modo de produção capitalista tudo adquire um valor e ganha status de mercadoria, inclusive a força de trabalho explorada dos indivíduos. Portanto, o Estado ao mesmo tempo que legitima esta exploração, funciona como um terceiro mediador dos conflitos entre as classes e que através de um aparato de instituições políticas e normas jurídicas, que aparentemente estaria desinteressado desses conflitos, mas que na verdade é o próprio reflexo do capital e atende aos interesses da classe dominante.

Para tanto o Estado se aparelha de organismos estatais e instituições sociais próprios, ou seja, a materialização da forma política, que apesar de serem correspondentes entre si não são a mesma coisa. Não podemos analisar a forma política estatal através do que suas instituições representam internamente, mas sim como elas se comportam externamente, uma vez que, primeiramente, surge o Estado na lógica das relações mercantis que gera uma forma política, distante dos sujeitos de direito, mas ao mesmo tempo necessária para regular as relações entre esses mesmos sujeitos. Desta forma, as instituições surgem em conformidade com a determinação histórica dada ao Estado pelo sistema capitalista.

Nas palavras de Mascaro:

De tal sorte, se é verdade que a forma estatal sempre se reveste de instituições que lhe são próprias e específicas, não é por tais instituições que se explica a forma, embora elas lhe clarifiquem a situação, a posição concreta e a função das instituições ou sua operação interna e seus mecanismos apenas imediatos, é a forma política que explicará a posição material e estrutural das instituições.<sup>6</sup>

Porém a relação que se estabelece entre forma política e instituições políticas não é estática, e muitas vezes, nem possui como objetivo principal a

<sup>5</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p.30.

<sup>6</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p.18.

reprodução do capitalismo a qualquer custo. Algumas destas instituições podem surgir na contramão da lógica do capital, sendo utilizadas como instrumento de luta contra a classe dominante, o que não significa que elas sejam efetivamente competentes para a superação da contradição entre capital e trabalho justamente por serem parte do próprio Estado.

Não sendo a relação entre forma política e instituição política decorrência lógica uma da outra, mas factual, precisamente porque permeada pela contradição entre o capital e o trabalho e a luta de classes. Por isso que podemos encontrar instituições que atuam de forma diversas dentro de um mesmo Estado capitalista, mas que assim o fazem por que interagem em âmbitos sociais múltiplos. Portanto não é possível afirmar que as instituições agem de uma única forma por que adstrita à reprodução do capital, elas reproduzem o capital, mas de formas diferenciadas conforme as relações sociais a que estão submetidas.

A luta de classes aparece como um dos fatores essenciais para determinar as especificações das instituições políticas, assim como possibilitou que determinadas instituições que salvaguardam os interesses contrários ao capital coexistissem com as demais. Sendo assim, mesmo quando o Estado concede direitos através das leis, esta é mais uma forma de reproduzir o capital, pois a negação desses direitos poderia causar revoltas em grande escala que em pouco tempo levariam ao seu fim.

Nesse sentido, o Poder Judiciário não foge à lógica das instituições políticas que reproduzem o capital, uma vez que a decisão do magistrado se encontra delimitada pela própria legalidade. Mesmo que esta decisão vá de encontro ao interesse da burguesia é “a manutenção da própria estrutura de submissão dos indivíduos à conformação jurídica geral”<sup>7</sup>, que conforme será abordado mais à frente, tem na figura do sujeito de direito o seu ponto de partida.

---

<sup>7</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p.34.

Para entendermos a “forma política estatal”<sup>8</sup>, é necessário ver o Estado além das suas próprias fronteiras. As relações sociais capitalistas formam um conjunto essencial para a sua reprodução e, obviamente, essas relações interferem diretamente na forma de organização deste ente, assim como na forma em que suas instituições se organizam internamente.

Assim, dentro do próprio Estado as instituições consideradas como órgãos próprios e específicos deste ente comportam diversas classificações desde uma divisão geográfica até uma divisão política. Todas elas ordenadas hierarquicamente com maior ou menor grau de autonomia.

Mascaro afirma que os órgãos estatais podem ser divididos em governamentais e administrativos. Os órgãos governamentais são aqueles mais próximos ao governo com maior poder decisório e que exercem atividades típicas de governo. Enquanto os órgãos administrativos são aqueles inseridos na burocracia estatal, limitados pelas leis e normas jurídicas, com menor poder decisório, exercendo atividades puramente políticas. Nas palavras do referido autor:

O exercício do poder político, por meio dos governantes, como presidente da república, ministros governadores, prefeitos, legisladores de todos os níveis- e, em certa medida, mesmo os magistrados-, constitui o espaço dos órgãos governamentais. É a partir das funções jurídicas de poder, em geral emanadas diretamente das Constituições, que se identifica em cada Estado, especificamente, o governo. Os órgãos de governo, nos Estados das sociedades capitalistas contemporâneas, encontram-se quase sempre divididos a partir de poderes seccionados, como o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Já os órgãos administrativos são todos aqueles que se desdobram como atividades de exercício da administração pública. Juridicamente, os órgãos administrativos são considerados hierarquicamente subordinados aos órgãos de governo. A moderna técnica do direito assim procede como o direito público, por exemplo, diferenciando o direito constitucional do direito administrativo.<sup>9</sup>

Percebe-se, então, que o Estado é de fundamental importância para o modo de produção capitalista, uma vez que sua forma de organização permite

---

<sup>8</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p.36.

<sup>9</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p.36.



um desenrolar de relações políticas, jurídicas e sociais que ao mesmo tempo que o determinam também são por ele determinadas. Sendo assim, podemos dizer que suas decisões governamentais, são políticas e, principalmente econômicas.

Através deste conjunto de instituições, juntamente com a burocracia formam um aparato confortável para a reprodução do capital, que encontrou no Estado a configuração ideal para legitimar e realizar as necessidades da classe dominante. Tal relação é tão complexa a ponto de somente no Estado capitalista surgir a figura do sujeito de direito, ou seja, o indivíduo livre em sua vontade e igual aos demais sujeitos, na medida em que possui a capacidade de trocar mercadorias com um valor, inclusive, seu bem mais precioso, a sua força de trabalho.

Estaria o trabalhador, portanto, realizando sua liberdade disposta de igualdade jurídica, uma vez inserido no mercado para a venda de sua força de trabalho, seria então o sujeito de direito também, uma mercadoria. Estaria então inserido na esfera da circulação, dispondo de si mesmo em uma relação de troca mercantil, comentaria Naves:

Ora, se a liberdade, esse atributo da personalidade, existe por e para a troca, isto é, para que se constitua um circuito de transações mercantis, então o homem só é livre uma vez inserido na esfera da circulação. Se, portanto, é a troca que constitui a liberdade do homem, podemos dizer que quanto mais se alarga a sua esfera de comercialização, mais livre então pode ele ser, de tal modo que a expressão mais 'acabada', a mais completa, a mais absoluta, da sua liberdade é a liberdade de disposição de si mesmo como mercadoria. Aqui podemos encontrar o homem reduzido à sua 'essência': no ato de troca de si mesmo o homem realiza a sua liberdade, portanto, a liberdade do homem aparece no ato de disposição de si como mercadoria, no qual o homem se torna um proprietário que carrega em si, em sua 'alma', o objeto de seu comércio, um proprietário que realiza em si mesmo a qualidade de sujeito e de objeto de direito.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> NAVES, Márcio Brilhantino. *A questão do direito em Marx*. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Universitário, 2014. p.46.

## **2.2 Forma jurídica: o direito do trabalho como mecanismo de manutenção das desigualdades**

Para melhor compreendermos de que forma o Direito atua como mecanismo de reprodução do capital através do mesmo processo de desenvolvimento lógico das formas política e jurídica. Temos que a forma jurídica e política não são a mesma coisa, porém decorrem do mesmo desdobramento das relações sociais, econômicas e jurídicas que permitem ao Estado se complexificar em suas instituições para assegurar a manutenção da dominação pela classe burguesa.

Enquanto a forma jurídica tem como núcleo central a figura do sujeito de direito, figura esta que surge com a dinâmica da troca de mercadorias que na lógica do sistema capitalista precisa ser o mais universal possível e para tal necessita que as relações entre esses indivíduos se deem de forma livre e igual, mesmo que esses institutos sejam apenas formais. Já o núcleo da forma política se apresenta dentro do próprio Estado ao reunir todo o seu aparato governamental e administrativo para regular as relações entre capital e trabalho, e assim garantir a dinâmica da troca de mercadorias.

A doutrina juspositivista, no entanto, entende o Estado e o Direito como formas diferentes do mesmo fenômeno, em que o jurídico estaria envolvido pelo político. Sendo assim, o Estado através de escolhas políticas instituiria o Direito, utilizando-se da norma jurídica para se legitimar. Portanto, nesta lógica se o núcleo central do Direito é a norma jurídica, então o Direito seria o Estado e vice-versa. Sendo assim, para o juspositivismo o Estado é criado e regulado pelas normas jurídicas e seu poder deriva dessas normas fazendo com que toda ação estatal seja uma ação jurídica.

Como afirmado anteriormente o núcleo da forma jurídica é o sujeito de direito, porém este não é uma decorrência lógica do Estado. A figura do sujeito de direito, nesse momento, aponta na dinâmica da troca e circulação de mercadorias, baseada na exploração do trabalho livre e assalariado.

Sua chancela formal advém de uma conjugação entre político e jurídico, ou seja, as necessidades políticas derivadas da dinâmica da economia capitalista fizeram necessária para a exploração do trabalho assalariado que os indivíduos fossem considerados como iguais e autônomos em sua vontade.

A construção do sujeito de direito está ligada à complexificação das relações sociais de produção e neste ponto a troca de mercadorias se universaliza de tal forma que a força de trabalho também passa a fazer parte das mercadorias com valor. Para tanto é preciso que haja necessidade desta mercadoria (força de trabalho) disponível para ser negociada no mercado. Neste sentido a forma jurídica, que se traduz no Direito aparece como legitimador dessa “negociação”, criando categorias jurídicas que permitam essa dinâmica, como por exemplo, os contratos, o sujeito de direito, etc.

É desta forma que o indivíduo se coloca à disposição do mercado, mas para tanto ele precisa ser livre. Livre no sentido de que ele não é forçado a vender sua força de trabalho, mas pelo contrário, ele tem a autonomia da vontade para decidir, estando numa relação de igualdade com o outro, sendo ambos proprietários que trocam suas mercadorias traduzidas na força de trabalho e no salário.

Diferentemente do que ocorria na sociedade feudal em que a violência direta submetia o servo ao domínio do senhor feudal, assim como não havia uma forma jurídica específica. Na sociedade capitalista essas formas jurídicas específicas se tornam necessárias e ganham uma forma contratual. Através da análise forma jurídica, que tem como núcleo o sujeito de direito, é possível perceber a relação de dependência que esta mantém com as formas mercantis.

Sendo assim, o Direito serve de instrumento de mediação assegurando a manutenção das trocas mercantis, e conseqüentemente, auxilia na reprodução do capital, já que as formas jurídicas são aparatos necessários para permitir que esse círculo de trocas mercantis continue funcionando.

Levando- se em conta que este fenômeno ocorre em todos os ramos do Direito e assim não poderia ser diferente. Mas entendemos que é no Direito do

Trabalho o ramo jurídico que mais entra em contradição na relação entre capital e trabalho, uma vez que ele está mais próximo ao trabalhador e tem como fundamento essencial a sua proteção, pois o trabalhador é reconhecido como parte hipossuficiente frente ao empregador que detém os meios de produção e pode explorar a força de trabalho alheia. O Direito do Trabalho é fruto do processo de luta dos trabalhadores por melhores condições de trabalho, pelo respeito à sua dignidade, pelo fim da constante opressão no ambiente laboral intensificada pela revolução industrial.

O Direito do Trabalho surge como ferramenta para proteger o trabalhador da desigualdade existente na relação contratual entre ele e o empregador. A percepção dessa desigualdade faz cair por terra ideia de igualdade e liberdade promovidas pela forma jurídica no Estado capitalista. Considerando que o trabalhador é hipossuficiente, ou seja, mais vulnerável na negociação, pois necessita vender a sua força de trabalho em troca de um salário para sobreviver, o Direito do Trabalho aparece, então, como interventor para restabelecer o equilíbrio jurídico entre as partes.

A ideia de proteção ao trabalhador apregoada por este ramo jurídico ocorre para evitar a superexploração da força de trabalho, se um mínimo de direitos não forem garantidos logo se tornaria evidente as contradições existentes entre a realidade e formalidade, que obviamente, causaria a revolta da população e a superação deste modo de produção. Então, o Direito do Trabalho tem como principal função reequilibrar a relação jurídica, fazendo com que o trabalhador possa negociar de forma igual com o seu empregador.

Ao reconhecer um certo grau de desigualdade entre as partes e proteger um dos lados, o que se faz é recompor a igualdade das partes. O direito não se afasta da igualdade, mas retorna a ela. Com o amparo jurídico, a parte que tem sua fraqueza relativa reconhecida retorna a uma condição ideal de igualdade perante a parte tida como “mais forte”. O trabalhador protegido pela legislação trabalhista é tão forte como o empregador. O consumidor protegido pelas normas de defesa do consumidor encara de igual para igual o fornecedor. Assegurada a paridade de forças, a relação pode manter a mesma forma ‘atômica’ e voluntária

de antes. Eis o que realmente importa, ainda que o preço seja romper com a ideia de uma igualdade universal.<sup>11</sup>

A relação funciona desta forma: o trabalhador por não possuir os meios de produção, só poderá usar como mercadoria para troca a sua própria força de trabalho. O Direito aparece como o mediador do aparente conflito e através da igualdade jurídica afirmará a igualdade e liberdade entre as partes. Como tudo no modo de produção capitalista adquire um valor para ser comercializado como mercadoria, inclusive a força de trabalho do homem, o máximo do ideário da liberdade burguesa se encontra quando o indivíduo vende sua força de trabalho se torna proprietário desta mercadoria que o permite negociar de forma livre e igual com outro indivíduo.

A relação de submissão que vive o trabalhador perante o burguês, encontra na exploração direta do trabalho a forma de apropriar-se de parte da riqueza produzida no trabalho. É característica fundamental do trabalho dentro da sociabilidade capitalista. Diferente de outras mercadorias tem ela a capacidade de gerar um valor, não só o valor de troca, ou seja, pelo qual é trocado em sua relação mercantil, mas também um valor de uso, este mais relacionado ao tempo de trabalho necessário para a produzi-lo. Como estaria o burguês, mediante contrato formal de trabalho, se apropriando desse excedente entre valor de troca e valor de uso, estaria então obtendo lucro e com isso, obtendo a mais-valia.

Mas a força de trabalho possui uma qualidade única, um traço que a distingue de todas as outras mercadorias: ela cria valor - ao ser utilizada, ela produz mais valor que o realizado para produzi-la, ela gera um valor superior ao que custa. E é justamente aí que se encontra o segredo da produção capitalista: o capitalista paga ao trabalhador o equivalente ao valor de troca de sua força de trabalho e não o valor criado por ele - e este último é maior que o primeiro. O capitalista compra a força de trabalho pelo seu valor de troca e se apropria de todo o seu valor de uso.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. *Crítica da igualdade jurídica*: contribuição ao pensamento jurídico marxista. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 175.

<sup>12</sup> NETTO, José Paulo; BRAZ, Marcelo. *Economia política*: uma introdução crítica. São Paulo: Cortez, 2006, p. 100.

Desta forma, a igualdade e liberdade são meramente formais e não ultrapassam para a esfera material. O controle dos meios de produção pelo empregador serve, também, de controle do próprio trabalhador que se dá por meio do contrato de trabalho. A única liberdade possível ao indivíduo é a possibilidade de escolher a quem ele oferecerá sua força de trabalho, mas independente desta escolha o seu trabalho continuará sendo explorado.

Conforme dito anteriormente, o Direito do Trabalho aparece como instrumento direto para o reequilíbrio da relação jurídica entre trabalhador e empregador, que no contrato de trabalho assume o seu contorno formal sem levar em conta a desigualdade econômica existente entre eles que acabam por negociar como se iguais fossem, porém nessa lógica o detentor dos meios de produção será bem mais privilegiado, já que ele expropria a força de trabalho alheia e permanece com os lucros dela provenientes, repassando ao trabalhador o mínimo para a sua sobrevivência.

Sendo assim, o nível de escolha do trabalhador é extremamente limitado e o Direito do Trabalho se coloca para promover a manutenção da igualdade formal entre os proprietários de mercadorias e ao mesmo tempo garantir a lucratividade da compra da força de trabalho, tendo em vista que os direitos concedidos ao trabalhador são mecanismos para evitar a superexploração desenfreada e uma consequente revolta destes indivíduos.

Portanto, mesmo quando surgem normas jurídicas que vão de encontro ao interesse da classe dominante isto não significa que esteja havendo alguma mudança nas relações estabelecidas, mas pelo contrário, é apenas uma forma de mantê-las.

Dessa forma, se pode perceber que há por parte do Estado e do Direito um importante papel no controle ideológico da classe trabalhadora, para que essa jamais tente colocar em cheque a ordem capitalista burguesa, reivindicando o que é seu por direito: a riqueza material por eles produzida expropriada na relação de compra e venda de força de trabalho.

Como vimos em grande parte do texto, é papel das instituições, e de seu arcabouço político e ideológico, garantir pouca evolução no que tange à melhoria da vida do trabalhador, proporcionando a este apenas uma “igualdade” formal, com intuito de perpetuar a existência da miserabilidade e exploração que afeta grande parte da classe trabalhadora. Com a intenção de esclarecer com mais evidencia a finalidade de direito do trabalho, afirma a esse respeito Santiago:

O direito do trabalho possui a clara finalidade de reestabelecer a igualdade formal perdida devido às condições econômicas dos pólos, porém, isso não significará uma escolha pela classe obreira ou altruísmo, sua escolha é por manter os níveis de exploração em um ponto razoável, intermediando a busca pelo lucro e certas garantias trabalhistas. A forma que se organiza o estrato social capitalista pouco possibilita a melhora das condições econômicas e sociais daqueles que não possuem os meios de produção. A manutenção da concentração de renda é necessária exatamente para a existência de uma grande massa de indivíduos miseráveis, que tem como o caráter máximo de sua liberdade escolher o patrão por quem será explorado.<sup>13</sup>

### **3 OS LIMITES DA IGUALDADE JURÍDICA**

#### **3.1 O sujeito de direito como essência do modo de produção capitalista**

O sujeito de direito é caracterizado pela capacidade para dispor, trocar, ou adquirir bens de seu interesse, podendo esse também negociar essa mercadoria. A liberdade jurídica que se apresenta aqui, se torna universal com o capitalismo, onde necessita-se de mediação jurídica para realização de todas as trocas de mercadorias. Seria, portanto, o direito a uma outra face da relação mercantil, nessa nova fase do desenvolvimento das forças produtivas, que encontra na compra e venda de força de trabalho o seu instrumento de reprodução, cabendo ao direito o papel de regulador do mundo do trabalho.

---

<sup>13</sup> SANTIAGO, Renato. *Sujeito de direito e trabalho assalariado*. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito de Alagoas, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2014.

Desta forma, há uma necessidade integral da existência de um aparato jurídico (o direito) que regulamente a troca de mercadorias por seus proprietários, assim como a compra e venda da força de trabalho é necessária para a reprodução do capital. Inicialmente devemos pensar os proprietários como sujeitos de direito, pois é a partir dessa denominação que as relações estabelecidas por eles podem ser reguladas pelo ordenamento jurídico e consequentemente estarem dentro da legalidade. Uma vez que as relações jurídicas são assim denominadas por que exercidas pelos próprios sujeitos de direito, “livres em sua vontade” não estando eles dominados por qualquer tipo de coerção, pois o ato realizado sob coação não possui eficácia jurídica, já que presente um vício da vontade<sup>14</sup> e iguais perante a lei.

Ora, esse movimento, ao mesmo tempo em que permite que uma das condições essenciais para a constituição da relação de capital se cumpra – a compra da força de trabalho pelo possuidor do dinheiro –, também impede que se veja que essa relação é uma relação de exploração dessa força de trabalho, mediante a qual o capitalista extrai do operário trabalho não pago. A relação de capital pode aparecer, assim, como o momento culminante da realização dos direitos, da liberdade e da igualdade do homem, pois a expressão máxima da liberdade e da igualdade é o ato no qual o homem se aliena a si mesmo por tempo determinado, realizando completamente a liberdade de disposição de si mesmo enquanto objeto em uma relação de absoluta igualdade com o comprador.<sup>15</sup>

Tanto a igualdade quanto a liberdade são institutos intrinsecamente ligados à expropriação do trabalho do homem, que é retirado de forma forçada do seu ambiente natural, sendo desapropriado de sua força de trabalho e dos meios que permitem a sua própria subsistência, sendo colocado à disposição daqueles que detém os meios de produção. Tal separação se faz necessária para a manutenção da própria exploração do trabalho e da circulação de mercadorias.

Em resumo, o trabalhador coloca à disposição sua força de trabalho de forma livre, pois não há vício em sua vontade, liberdade essa,

<sup>14</sup> Aqui empregamos a palavra vício no sentido trazido pelo art. 171, I, do Código Civil de 2002 capaz de gerar a anulação do negócio jurídico.

<sup>15</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p.36.



também, assegurada pelo próprio Direito através das normas jurídicas. Essa relação é fundamental, pois a força de trabalho pode ser caracterizada como uma mercadoria que em si carrega um valor superior ao seu próprio valor, já que o trabalhador vende sua força de trabalho, mas ao mesmo tempo recebe um salário inferior por aquilo que realiza, não tem noção do resultado final do que produz, nem detém aquilo que produz.

Essa liberdade e essa igualdade, no entanto, tiveram a sua própria pré-história, que muito nos diz sobre a sua natureza. Uma pré-história de extrema violência, que parece negar a própria afirmação da liberdade e da igualdade burguesas, mas que são, na verdade, o seu modo de emergência histórico. Naturalmente, após esse período inicial o capital não necessita mais utilizar a violência para disciplinar o trabalhador. Ele é deixado, como Marx mesmo afirma, ao livre jogo das forças do mercado; porém, se nós nos ativermos aos primórdios do capitalismo, se recuperarmos os momentos fundamentais de sua gênese, poderemos ver essa relação que a liberdade e a igualdade entretêm com as formas mais brutais de violência.<sup>16</sup>

Para tanto devemos partir do pressuposto que no modo de produção capitalista temos a figura da mercadoria, tudo neste modo de produção tem seu valor e pode se tornar mercadoria, objeto de troca, estando aí incluso, também, a força de trabalho. Como neste modo de produção tudo é transformado em mercadoria e configuram uma gama de relações jurídicas necessárias para a sua reprodução, os indivíduos que participam dessas relações são proprietários (do modo de produção e de sua força de trabalho) e, portanto, sujeitos de direito.

Sendo assim, diferentemente do que preceitua a teoria jurídica tradicional que coloca o sujeito de direito como algo imanente à natureza do homem, a perspectiva crítica do direito, pelo contrário, credita na determinação histórica a base de seu desenvolvimento, haja vista que esta figura é peculiar ao modo de produção capitalista.

Em períodos históricos anteriores ao capitalismo, o que hoje denominamos de sujeito de direito não poderia existir. No período escravista, por exemplo, o escravo não era considerado como indivíduo, mas sim como

---

<sup>16</sup> NAVES, Márcio Brilhantino. *A questão do direito em Marx*. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Universitário, 2014. p.46

coisa, objeto pertencente a um senhor, portanto, não poderia o escravo ser detentor de personalidade jurídica, muito menos poderia ser considerado como sujeito de direito. Em Roma, apenas o paterfamilias era detentor de personalidade jurídica plena, os demais (mulheres, escravos, estrangeiros) tinham capacidade limitada e não possuíam qualquer direito.

Para a manutenção das sociedades escravistas e feudal era essencial a existência da desigualdade entre os indivíduos, já que a diferença de status entre dominantes e dominados era o que tornava tais modos de produção viáveis, enquanto o capitalismo necessita de uma igualdade formal e universal, pois necessário à sua produção. Uma vez que o indivíduo não está mais atrelado à dominação de um senhor, ele pode vender sua força de trabalho a quem lhe for mais vantajoso.

Desse modo, o direito era mais uma questão de privilégio das classes dominantes, não existindo um direito universal, que formalmente atingisse a todos indistintamente, pois apenas no capitalismo a figura do sujeito de direito ganha status de característica inata ao indivíduo. Para melhor explicitar a questão, afirma Kashiura Júnior:

Algo como o sujeito de direito, um portador abstrato de direitos distintos dos próprios direitos singularmente considerados, não faz sentido nas sociedades historicamente precedentes ao desenvolvimento da produção capitalista. Não se conceberam, em tais sociedades, direitos dirigidos indistintamente a todos os indivíduos em escala universal. Ainda que tenha havido, em estado não mais do que embrionário, sujeitos de direito, estes não foram e nem poderiam ter sido todos os indivíduos.<sup>17</sup>

Com o advento do modo de produção capitalista se fez necessária a superação do modo de produção feudal, sendo assim as formas de relações sociais também deveriam ser superadas, passando os indivíduos a serem considerados como dotados de plena “potencialidade abstrata de possuir

---

<sup>17</sup> KASHIURA JUNIOR, Celso Naoto. *Crítica da igualdade jurídica*: contribuição ao pensamento jurídico. São Paulo: Quatier Latin, 2009. p.50.

direitos e contrair obrigações”<sup>18</sup>. Isso só se tornou possível a partir do momento que a circulação de mercadorias se torna universal e o trabalho também ganha status de mercadoria.

A circulação da mercadoria permite que haja troca dessas mercadorias, em que as duas partes são consideradas iguais para realizar tal ação, assim não há imposição de vontade de outrem, ambos são autônomos, são livres e, portanto, donos daquilo que desejam mercantilizar. Se reconhecem como proprietários daquilo que detêm, suas diferenças subjetivas, como indivíduos em si são ignoradas, sendo, então, iguais.

Mas não é apenas a circulação da mercadoria para que os indivíduos envolvidos nessa relação sejam considerados sujeitos de direito. A mercadoria, antes de mais nada, possui um valor, mas esse valor somente se realiza mediante a troca e para tanto é preciso que existam sujeitos dotados de autonomia em sua vontade e que se coloquem como iguais um perante o outro.

Cumpre salientar que referida igualdade, é apenas formal não se refletindo no plano material. A igualdade universal trazida pelo Direito no modo de produção capitalista visa apenas permitir que as mercadorias circulem com mais facilidade e que elas sejam consumidas de forma universal também. Por trás dessa falsa ideia de igualdade é possível que a mercadoria circule e adquira valor conforme explicado anteriormente e ignora-se as diferenças reais e palpáveis, latentes na sociedade capitalista. Resta, então, apenas identidade jurídica ao indivíduo que, também reconhece o outro como igual, porém apenas nesse plano.

Portanto, sujeito de direito nada mais é do que um proprietário de mercadorias, uma vez que dentre as várias formas de relações jurídicas possíveis dentro do modo de produção capitalista a única capaz de tornar, mesmo que formalmente, os indivíduos iguais é a figura do proprietário. Por isso se faz essencial aos indivíduos submetidos à circulação mercantil a

---

<sup>18</sup> KASHIURA JUNIOR, Celso Naoto. *Crítica da igualdade jurídica*: contribuição ao pensamento jurídico. São Paulo: Quatier Latin, 2009, p.55.

generalização capacidade abstrata de possuir direitos e deveres<sup>19</sup>, uma vez que só integra a relação de troca o proprietário, sendo essa a forma como ele se torna livre , visto que cada um é dono de sua daquilo que detém, independente dos outros.

Uma vez que o sujeito de direito, é na raiz, um desenvolvimento da figura do proprietário, é necessário concluir que a generalização da circulação mercantil, que é também generalização do sujeito de direito, implica a generalização da propriedade. A todos os indivíduos é atribuída em abstrato a capacidade de serem proprietários. A constituição do mercado universal demanda, afinal, que todos sejam aptos a trazer suas mercadorias para a troca. Mas o direito de propriedade não é distribuído, senão como potencialidade. “ A forma jurídica da propriedade-aponta Pachukanis- não está em contradição com a expropriação de um grande número de cidadãos, pois a condição de ser sujeito de direito é uma condição puramente formal. Ela define todas as pessoas como igualmente ‘dignas’ de serem proprietárias, não obstante não as torne proprietárias” A existência de uma grande massa de não-proprietários submetidos à medida comum dos proprietários, é, na realidade, condição de funcionamento da própria organização produtiva capitalista.<sup>20</sup>

Conforme dito anteriormente essa condição de igualdade não é algo inato à natureza humana, mas sim uma situação criada para que as forças produtivas assim se desenvolvessem, mesmo que o indivíduo não tenha nenhum tipo de propriedade sua ele continua sendo um sujeito de direito livre e igual. Essa situação permite que as mercadorias trocadas tenham valor, inclusive a força de trabalho do próprio sujeito, fazendo dele também um objeto detentor de valor.

Tal análise demonstra que era necessária a concessão ao indivíduo dessa personalidade jurídica abstrata para que ele se relacionasse com os demais como iguais para que ele colocasse sua própria força de trabalho à disposição

<sup>19</sup> NAVES, Márcio Brilharianho. *A questão do direito em Marx*. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Universitário, 2014, p.62.

<sup>20</sup> NAVES, Márcio Brilharianho. *A questão do direito em Marx*. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Universitário, 2014, p. 63

para ser explorado, por acreditar que essa igualdade formal que aparece nas normas jurídicas se dá na realidade.

Um bom exemplo em nosso próprio ordenamento jurídico é o art. 5º da Constituição Federal de 1988 que ao afirmar “que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”<sup>21</sup>. Sabe-se que apesar de a Constituição trazer a igualdade como uma garantia fundamental esta não se realiza na vida prática e não poderia ocorrer no modo de produção capitalista como demonstrado anteriormente. Sendo assim, o sujeito de direito carrega o bojo da igualdade jurídica e, conseqüentemente, da desigualdade material.

## 4 CONCLUSÃO

Faz-se necessário trazer, mesmo que de modo embrionário, o aprofundamento teórico do estudo da crítica ao Direito, tendo a esperança de contribuir com a formação crítica, visando repensar se é possível haver mudança social a partir do Direito dentro de uma sociedade de classes antagônicas como demonstrado ao decorrer deste trabalho.

Ao engendrar na sociedade capitalista, a relação mercantil entre troca de mercadorias realizada pelos sujeitos de direito, há uma contradição sem a qual a máquina estatal não pode se manter e ao mesmo tempo deve regular a exploração do trabalho que possibilite a reprodução desse modo de produção. Temos, então, na mercadoria a categoria fundante do direito, e conseqüentemente de toda ordem jurídica, sendo essa ordem determinada a partir da esfera econômica.

Vivemos hoje sobre uma ininterrupta complexidade de relações políticas, jurídicas e econômicas baseadas na sociabilidade capitalista e temos na figura do Estado seu maior regulador. Nem sempre tivemos a mesma conjuntura social que permitisse a existência de tal aparato, pois, não existiam bases materiais para a concretude de um instrumento que estaria apartado da relação

---

<sup>21</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2016.

política e econômica da sociedade. Ou seja, na relação com a sociedade capitalista, não necessariamente temos a burguesia como representante imediato do Estado, embora tenha este uma relação diretamente ligada à reprodução da lógica capitalista, favorecendo assim a burguesia em detrimento da classe trabalhadora.

Também se credita à ideologia papel fundamental na constituição da sociedade, expressando diversidade de valores, crenças, ideias sobre o homem, a sociedade, a história e o mundo. A apropriação, realizada pelas classes dominantes em toda história, dessa categoria tem papel fundamental na dinâmica de exploração, justamente por ser útil em sua reprodução material e perpetuação do seu modo de vida.

As instituições de Direito, expressam as relações de produção de uma sociedade e seu papel fundamental, com suas normas jurídicas é a de garantir os interesses da classe dominante, como a manutenção da propriedade privada, do trabalho assalariado, e das classes sociais. É através desse conjunto de instituições, que se cria um aparato confortável para a legitimação e atendimento das necessidades dessa classe dominante.

A “igualdade”, destacada dos princípios do sujeito de direito, não passa de uma igualdade formal que não se traduz na realidade. Essa igualdade universal tem como função permitir a circulação de mercadorias, a venda da força de trabalho e o consumo universal dessas mercadorias mediado pela troca mercantil.

Ainda neste sentido, poderia o Estado promover mudanças significativas para com a classe trabalhadora? A existência de legislação trabalhista que vise assegurar ao trabalhador condições dignas de vida se coloca de encontro à superexploração do trabalho. Deve-se destacar que esse processo se deu a partir de bastante luta e apenas assim poderia ser, uma vez que é característica do Estado tentar impedir movimentos que contestem seu próprio poder.

Quando a capacidade de vender a força de trabalho é negada ao trabalhador, em condições de superexploração, este não possui personalidade

jurídica. A intervenção estatal nesse caso, de denuncia das condições degradantes sobre a qual está submetido o trabalhador, tem por finalidade o reinserir no mercado de trabalho, garantindo-o de volta o status de sujeito de direito, passível de ser explorado legalmente.

Ora, não há nesse processo, uma interferência significativa na vida do trabalhador, uma vez que o horizonte que cerca a prática estatal, não detém o fim da exploração do trabalho, muito pelo contrário, julga necessário que a sociabilidade capitalista persista por explorá-lo.

Toma corpo a ideia de que não serve o Estado e sua intervenção para a superação das contradições entre capital e trabalho, busca-se pelo contrário a manutenção da exploração nessa relação.

Dentro da carreira jurídica encontraremos vários paradigmas para uma prática que sirva verdadeiramente aos direitos reais da classe trabalhadora, sua liberdade plena sobre gênese do trabalho associado, uma vez que é da raiz do próprio Direito coexistir com a contradição na relação entre capital e trabalho, gerada pela exploração do trabalho assalariado.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 7. ed. São Paulo: Boitempo, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao\\_aocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_aocompilado.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 12 dez. 2016

DELGADO, Mauricio Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006.

GALVÃO, Andréia. **Neoliberalismo e reforma trabalhista no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, Fapesp, 2007.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986.

KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. **Crítica da igualdade jurídica**: contribuição ao pensamento jurídico marxista. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MARX, Karl. Prefácio à crítica da economia política. In: MARX, Karl. **Para a crítica da economia política**: salário, preço e lucro: o rendimento e suas fontes. São Paulo: Abril Cultural, 1986.

MASCARO, Alysson Leandro. **Crítica da legalidade e do direito brasileiro**. São Paulo: Quartier Latim, 2003.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito e filosofia política**: a justiça é possível. São Paulo: Atlas, 2008.

NAVES, Márcio Bilharinho. **“A ilusão da jurisprudência”**. Disponível em: <[http://www.pucsp.br/neils/downloads/v7\\_artigo\\_marcio\\_naves.pdf](http://www.pucsp.br/neils/downloads/v7_artigo_marcio_naves.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

NAVES, Márcio Bilharinho. **A questão do direito em Marx**. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Universitário, 2014.

NAVES, Márcio Bilharinho. **Marxismo e direito**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.

NETTO, José Paulo; BRAZ, Marcelo. **Economia política**: uma introdução crítica. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2012.

PACHUKANIS, Evgeny. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Acadêmica, 1988.

POULANTZAS, Nicos. **Poder político e classes sociais**. São Paulo: Martins Fontes, 1977.

SANTIAGO, Renato. **Sujeito de direito e trabalho assalariado**. Monografia (Graduação) – Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2014.

TRINDADE, José Damião de Lima. **Os direitos humanos na perspectiva de Marx e Engels**: emancipação política e emancipação humana. São Paulo: Alfa-Omega, 2011.



UGÁ NETO, Antonio. **Mercadoria e sujeito de direito**: um estudo introdutório sobre a crítica do direito em Eugênio Pachukanis. 2014. 62 f. Monografia (Especialização) –Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2014.

# TRABALHO ESCRAVO E SUA EFETIVIDADE NO COMBATE

Bruno de Queiroz P. de Oliveira

## RESUMO

Esse tratado aborda sobre o Trabalho Escravo e sua Efetividade no Combate. Quanto ao Trabalho Escravo, destaca brevemente sobre o seu histórico, as leis brasileiras que visaram abolir a sua existência e por fim tratam sobre o Trabalho Análogo ao Escravo e suas reminiscências nas relações de trabalho atuais. Também trata sobre os meios de fiscalização, tratando-se sobre a atividade dos auditores do trabalho, bem como sobre o disposto no Manual de Combate ao Trabalho em Condições Análogas às de Escravo. Diante disso, percebe-se que existem diversos meios de combate ao trabalho escravo, mas que se faz necessária a criação de meios de prevenção desse tipo de trabalho, visando uma redução mais efetiva dessa forma ilícita de trabalho.

**Palavras-chave:** Análogo. Combate. Escravo. Trabalho.

## ABSTRACT

This treaty deals on Slave Labor and its effectiveness in fighting. The Slave Labor, briefly out about their history, Brazilian laws aimed at abolishing their existence and finally deals with the slave labor and their reminiscences in the current labor relations. It also deals with the surveillance means, in the case of the activity of labor auditors, as well as the provisions of the Labour Combat Manual Conditions Analogous to Slave. Thus, it is clear that there are several ways to combat slave labor, but it is necessary to create the means to prevent this kind of work, for a more effective reduction of this illicit form of work.

**Keywords:** Analog. Combat. Slave. Work.

## 1 INTRODUÇÃO

Nesse trabalho será abordado sobre o Trabalho Escravo e a Efetividade no Combate.

Quanto ao Trabalho Escravo, se tratará brevemente sobre o seu histórico, as leis brasileiras que aboliram a sua existência e por fim se tratará sobre o Trabalho Análogo ao Escravo e suas reminiscências nas relações de trabalho atuais, citando-se o exemplo de uma grande rede de roupas internacional.

Também se destacará sobre os meios de fiscalização da prática do trabalho escravo, bem como sobre a atuação dos auditores do trabalho e os meios empregados pelo Manual de Combate ao Trabalho em Condições Análogas às de Escravo.

Por fim, se tratará sobre a inexistência de medidas que tenham por fim não o combate, mas a prevenção dos trabalhos análogos ao de escravo, trazendo ainda alguns dos meios de combate utilizados atualmente no Brasil.

## **2 O TRABALHO ESCRAVO**

### **2.1 Breve histórico**

O trabalho escravo é algo que existe desde os primórdios das sociedades humanas. A pessoa que é submetida a tal condição é tratada como se coisa fosse, não tinha, em tese, qualquer direito, apenas deveres a cumprir.

Quanto a escravidão no Brasil, é de citar-se o quem bem explicitou Leles de Siqueira:

[...] Os escravos chegavam em navios negreiros abarrotados e em condições degradantes de acomodação, saúde e higiene, como se animais fossem. Eles eram usados para o serviço doméstico e, também, para o serviço externo nas fazendas, principalmente nas lavouras de cana-de-açúcar. Os escravos negros serviam, ainda, como mercadorias que podiam ser trocadas por outras. Portanto, o negro era tido como objeto e nunca como sujeito de direito.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> SIQUEIRA, Túlio Manoel Leles de. O trabalho escravo perdura no Brasil do Século XXI. *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, v. 52, n. 82, p. 127-147, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.trt3.jus.br/>> Acesso em: 2 jun. 2016.

Tal citação demonstra como eram tratadas as pessoas durante o período de escravidão, que eram submetidas a tratamentos e ambientes degradantes, sendo tratadas como simples objetos pelos seus senhores.

Durante o século XIX foram promulgadas diversas leis com o intuito de se abolir o sistema escravocrata, entre elas:

- A Lei do Ventre Livre, aprovada em 1871, e previa que “os filhos de escravas, nascidos após a promulgação da lei, ganhariam a liberdade. Porém, o liberto deveria permanecer trabalhando na propriedade do senhor até 21 anos de idade.”<sup>2</sup>;
- A Lei dos Sexagenários, promulgada em 1885, que concedia liberdade aos escravos com mais de 65 anos de idade;
- A Lei Áurea, promulgada em 1888, pela Princesa Isabel, que aboliu definitivamente a escravidão.<sup>3</sup>

É de se citar ainda a Convenção 29 da OIT, que descreve o que seria trabalho forçado, característica principal do trabalho escravo, *in verbis*:

#### ARTIGO 2º

1. Para os fins da presente convenção, a expressão “trabalho forçado ou obrigatório” designará todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade. [...]”<sup>4</sup>

## 2.2 Trabalho análogo ao escravo

O trabalho análogo ao escravo vem a ser um termo empregado para as situações em que o trabalhador é submetido a trabalhos forçados, a jornada excessiva, a condições degradantes de trabalho, bem como a restrição de sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto. Tal

<sup>2</sup> LEIS Abolicionistas no Brasil. Disponível em: <[http://www.historiadobrasil.net/brasil\\_monarquia/leis\\_abolicionistas.htm](http://www.historiadobrasil.net/brasil_monarquia/leis_abolicionistas.htm)>. Acesso em: 2 jun. 2016.

<sup>3</sup> LEIS Abolicionistas no Brasil. Disponível em: <[http://www.historiadobrasil.net/brasil\\_monarquia/leis\\_abolicionistas.htm](http://www.historiadobrasil.net/brasil_monarquia/leis_abolicionistas.htm)>. Acesso em: 2 jun. 2016.

<sup>4</sup> BRASIL. *Decreto n. 41.721, de 25 de junho de 1957*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Antigos/D41721.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D41721.htm)> Acesso em: 2 jun. de 2016.

conceito está disposto no artigo 149 do Código Penal, conforme o disposto, *in verbis*:

Art. 149 - Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada excessiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem:

I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º - A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I - contra criança ou adolescente;

II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

O trabalho análogo ao escravo passou a ocorrer no Brasil, de forma mais notória, ainda no período de contratação de estrangeiros para trabalharem nas fazendas brasileiras, conforme relata Leles de Siqueira, *in verbis*:

[...]mesmo antes da abolição da escravatura, de acordo com Pedroso, Velloso e Fava (2006, p. 65), vieram para o Brasil os primeiros imigrantes suíços e alemães para trabalhar nas fazendas paulistas de café. No início, a imigração era custeada pelo governo, mas, com o tempo, o governo passou a não dar mais a ajuda financeira aos imigrantes, e estes, quando chegavam ao Brasil, já acumulavam dívidas, que eram pagas pelos barões do café, em troca da realização de um trabalho extenuante e exaustivo.<sup>5</sup>

Desde então o trabalho análogo à escravidão passou a ser mais comum em fazendas do interior e nos locais de extrativismo de borracha e minérios na região norte do país.

<sup>5</sup> SIQUEIRA, Túlio Manoel Leles de. O trabalho escravo perdura no Brasil do Século XXI. *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, v. 52, n. 82, p. 127-147, jul./dez.2010. Disponível em: <<http://www.trt3.jus.br/>> Acesso em: 2 jun. 2016.

Ressalte-se que o trabalho análogo ao de escravo atualmente pode ser encontrado inclusive nos grandes centros urbanos, como nos casos recentes de trabalhadores que foram encontrados em ateliês, trabalhando em condições precárias e por horas extenuantes. O caso mais famoso foi o da rede espanhola Zara, que contratou uma empresa terceirizada, para a produção de roupas, que tinha em seus quadros funcionários em condições análogas a de escravo.

Diante disso, é perceptível que as tais práticas ainda continuam em prática e que elas geram diversos danos, tanto à sociedade quanto aos trabalhadores submetidos a tais condições.

### **3 MEIOS DE FISCALIZAÇÃO**

#### **3.1 Origem das medidas de combate**

O Brasil assinou diversos instrumentos internacionais com o fim de promover medidas para combater a prática do trabalho escravo, tais como:

- Convenção das Nações Unidas sobre Escravatura de 1926, emendada pelo Protocolo de 1953 e a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura de 1956: ratificadas pelo Brasil em 1966, estabelecem o compromisso de seus signatários de abolir completamente a escravidão em todas as suas formas;
- Convenção no 29 sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório (1930) da OIT: ratificada pelo Brasil em 1957, estabelece que os países signatários se comprometem a abolir a utilização do trabalho forçado ou obrigatório, em todas as suas formas, no mais breve espaço de tempo possível;
- Convenção no 105 sobre a Abolição do Trabalho Forçado (1957) da OIT: ratificada pelo Brasil em 1965. Os países signatários se comprometem a adequar sua legislação nacional às circunstâncias da prática de trabalho forçado neles presentes, de modo que seja tipificada de acordo com as particularidades econômicas, sociais e culturais do contexto em que se insere. Ademais, a Convenção estipula que a legislação deve prever sanções realmente eficazes;
- Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas de 1966: ratificado pelo Brasil em 1992, proíbe, no seu artigo 8º, todas as formas de escravidão;
- Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas de 1966: ratificado pelo Brasil

em 1992, garante, no seu artigo 7º, o direito de todos a condições de trabalho equitativas e satisfatórias;

- Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969: ratificada pelo Brasil em 1992, no qual os signatários firmaram um compromisso de repressão à servidão e à escravidão em todas as suas formas;
- Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano ou Declaração de Estocolmo de 1972, cujo 1º princípio estabelece que: 'O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequadas num meio ambiente de tal qualidade que lhe permita levar uma vida digna de gozar do bem-estar';
- Protocolo para Prevenir, Suprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, Especialmente Mulheres e Crianças ou 'Protocolo do Tráfico' (Palermo, 2000): é um dos protocolos suplementares à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e prevê a criminalização do tráfico de pessoas voltado a qualquer forma de exploração sexual. Este protocolo está em vigor internacionalmente desde 2003 e foi ratificado pelo Brasil em 2004. O aliciamento de trabalhadores rurais no Brasil e de trabalhadores estrangeiros irregulares no intuito de submetê-los ao trabalho em condição análoga à de escravo iguala-se à definição de tráfico de seres humanos nele contida.<sup>6</sup>

Além disso, a própria Carta Magna do Brasil dispõe sobre questões como a dignidade da pessoa humana, a prevalência dos direitos humanos, bem como o disposto no artigo 7º da Constituição, que prevê os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

### 3.2 Meios de atuação dos auditores do trabalho

Como meio para instrução dos auditores do trabalho o Ministério do Trabalho editou um manual de combate às condições análogas às de escravo tratando sobre como identificar essas condições na realidade.

Conforme o disposto nesse manual as principais características dos trabalhos análogos ao de escravo são:

---

<sup>6</sup> BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência Social. *Manual de combate ao trabalho em condições análogas às de escravo*. Brasília: MTE, 2011. Disponível em: <<http://www.mtps.gov.br/publicacoes-do-mtps/trabalho/inspecao-do-trabalho>> Acesso em: 2 jul. 2016.

- ...O aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional. De acordo com o manual, esta conduta é típica do trabalho escravo contemporâneo, pois “[...] é usada como meio para se chegar a tal fim, [...] os trabalhadores são atraídos pelos empreiteiros ou “gatos” e terminam reduzidos a condições análogas à de escravo.”<sup>7</sup>
- ...A ocorrência de violência contra os trabalhadores, seja no caso de ameaças, coação, xingamentos, humilhações, insinuações, bem como no caso de lesões corporais.<sup>8</sup>
- ...A existência de restrições à liberdade do trabalhador, seja por meio da vigilância armada; seja por meio da localização geográfica da propriedade e dos alojamentos, que ficam distantes dos grandes centros ou de rodovias.<sup>9</sup>
- ...A presença de familiares, tendo em vista que o trabalhador, por medo de perder de vista os seus familiares, ou por medo deles serem ameaçados, pode aceitar a sua submissão ao cativo.<sup>10</sup>
- ...O endividamento ou sistema de barracão, onde o trabalhador adquire mercadorias em cantina no local de trabalho, normalmente sob a direção dos “gatos”, do empregador, ou ainda terceirizada a uma pessoa alheia à relação de trabalho, sendo efetuada anotação em cadernos, [...] para posterior desconto na remuneração a ser paga aos trabalhadores.<sup>11</sup>
- ...A retenção de documentos, desde que a finalidade da mesma seja de reter o trabalhador no local de trabalho.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência Social. *Manual de combate ao trabalho em condições análogas às de escravo*. Brasília: MTE, 2011. Disponível em: <<http://www.mtps.gov.br/publicacoes-do-mtps/trabalho/inspecao-do-trabalho>> Acesso em: 2 jul. 2016

<sup>8</sup> BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência Social. *Manual de combate ao trabalho em condições análogas às de escravo*. Brasília: MTE, 2011. Disponível em: <<http://www.mtps.gov.br/publicacoes-do-mtps/trabalho/inspecao-do-trabalho>> Acesso em: 2 jul. 2016

<sup>9</sup> BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência Social. *Manual de combate ao trabalho em condições análogas às de escravo*. Brasília: MTE, 2011. Disponível em: <<http://www.mtps.gov.br/publicacoes-do-mtps/trabalho/inspecao-do-trabalho>> Acesso em: 2 jul. 2016.

<sup>10</sup> BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência Social. *Manual de combate ao trabalho em condições análogas às de escravo*. Brasília: MTE, 2011. Disponível em: <<http://www.mtps.gov.br/publicacoes-do-mtps/trabalho/inspecao-do-trabalho>> Acesso em: 2 jul. 2016

<sup>11</sup> BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência Social. *Manual de combate ao trabalho em condições análogas às de escravo*. Brasília: MTE, 2011. Disponível em: <<http://www.mtps.gov.br/publicacoes-do-mtps/trabalho/inspecao-do-trabalho>> Acesso em: 2 jul. 2016

<sup>12</sup> BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência Social. *Manual de combate ao trabalho em condições análogas às de escravo*. Brasília: MTE, 2011. Disponível em: <<http://www.mtps.gov.br/publicacoes-do-mtps/trabalho/inspecao-do-trabalho>> Acesso em: 2 jul. 2016



- . O atraso no pagamento de salários, onde o empregador paga ao final do trabalho, o que, por muitas vezes, não assegura sequer o salário mínimo mensal, isso quando eles são pagos.<sup>13</sup>

Além desses meios de identificar-se a existência de trabalho análogo ao de escravo, o manual do Ministério do Trabalho colocou outros meios para identificação de tal trabalho. Entre elas temos as questões da jornada de trabalho e o descanso semanal, tendo em vista que nesses casos há uma jornada excessiva, extenuante, com a possibilidade de trabalhos noturno ou em domingos e feriados.

Há ainda outras questões que podem ser analisadas como a existência de instalações adequadas ao trabalho, segurança, alimentação, que identificam a existência de condições análogas a de escravo. Como exemplo de aplicação dessa realidade, temos o seguinte precedente, *in verbis*:

RECURSO DE REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSE DE AGIR. TUTELA INIBITÓRIA. ASTREINTES. A situação dos autos caracteriza mais do que o desrespeito às normas de segurança e saúde dos trabalhadores porque afronta a toda evidência os fundamentos do Estado Democrático Brasileiro, mormente a dignidade humana do trabalhador submetido a condições degradantes e humilhantes, análogas às de escravos, sendo evidenciada severa restrição das possibilidades de escolhas segundo suas livres determinações, seja pelos aspectos relacionados à sua permanência no trabalho em função das dívidas ilegitimamente impostas a eles ou ainda pela dificuldade de trânsito. O interesse que se pretende prevenir com esta ação ultrapassa a esfera do interesse individual homogêneo daquelas pessoas que trabalhavam ou trabalham para o reclamado naquelas condições degradantes. Trata-se de interesse difuso de prevenção, incluído na assunção da responsabilidade social e estatal de erradicação do trabalho escravo contemporâneo, seja por imposição do compromisso assumido pelo Brasil com a comunidade internacional, seja em função do necessário respeito aos fundamentos do Estado Democrático Brasileiro, previstos no art. 1º da Constituição Federal, especialmente a dignidade humana na esfera de atuação do

<sup>13</sup> BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência Social. *Manual de combate ao trabalho em condições análogas às de escravo*. Brasília: MTE, 2011. Disponível em: <<http://www.mtps.gov.br/publicacoes-do-mtps/trabalho/inspecao-do-trabalho>> Acesso em: 2 jul. 2016

trabalho. Ademais, bem como reconhece o Regional, a prática é reincidente, demonstrando à sociedade a necessidade e utilidade da tutela preventiva buscada pelo Ministério Público do Trabalho, mormente com a aplicação da multa diária na forma deferida pelo juízo singular. Ainda que existam sanções administrativas para o caso do descumprimento das normas trabalhistas violadas e sanções criminais previstas no art. 149 do Código Penal, elas não excluem a aplicação da multa diária prevista no art. 11 da Lei 7347/85. A questão é que a prática laboral imposta pelo reclamado a seus trabalhadores está alçada à proteção máxima do Estado Brasileiro, evidenciando o interesse difuso cuja proteção o Ministério Público do Trabalho busca a partir da tutela preventiva concernente às obrigações de fazer e não fazer, com fixação de multa diária por descumprimento. A tutela inibitória que tem função prospectiva, não se inviabiliza pelo fato de a pretensão estar momentaneamente satisfeita. Há, portanto, há de ser restabelecida a sentença do juízo singular nesse particular. Recurso de revista conhecido e provido.<sup>14</sup>

O manual do Ministério do Trabalho definiu ainda as ações fiscais que devem ser realizadas como: a postura do agente público, com o fim de se evitar comportamentos de natureza pessoal; o sigilo, tendo em vista que as ações fiscais visam ao combate das condições análogas ao trabalho escravo; a localização do local de trabalho, por meio de GPS, com o fim de se criarem rotas e estabelecerem formas de saída dos trabalhadores; a abordagem inicial da força policial; a existência de espírito de equipe; a tomada de decisões em equipe; a pontualidade nos horários combinados; a possibilidade existência de informante, com o fim de se colherem melhores informações sobre os casos denunciados; além de outras ações preestabelecidas no manual do Ministério.<sup>15</sup>

Diante disso, percebe-se o quão complexa e detalhista é o manual ao estabelecer as formas para se fiscalizar e identificar a existência de tais condições de trabalho.

## 4 MEDIDAS DE COMBATE E SUA EFETIVIDADE

<sup>14</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista do Ministério Público Do Trabalho. *RR: 1461007120055080107*. Sexta turma. Relator: Augusto César Leite de Carvalho. Brasília, 17 de dezembro de 2013. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)> Acesso em: 2 jul. 2016.

<sup>15</sup> BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência Social. *Manual de Combate ao Trabalho em Condições análogas às de escravo*. Brasília: MTE, 2011. Disponível em: <<http://www.mtps.gov.br/publicacoes-do-mtps/trabalho/inspecao-do-trabalho>> Acesso em: julho de 2016.

Entre as medidas de combate ao trabalho análogo ao de escravo temos ainda o GEFM (Grupo Especial de Fiscalização Móvel), criado pelo Ministério do Trabalho e Emprego e coordenado pela Secretaria de Inspeção do Trabalho.<sup>16</sup>

Tal grupo é formado por auditores fiscais do trabalho, agentes e delegados da Polícia Federal e por procuradores do Ministério Público do Trabalho e, em algumas ocasiões, por membros da PGR, IBAMA e INCRA. 17

Tal grupo pode seria um instrumento do Ministério do Trabalho, com o fim de se ter um comando centralizado no diagnóstico de problemas, garantir a padronização dos procedimentos e supervisão direta, bem como garantir sigilo da apuração das denúncias e reduzir pressões ou ameaças sobre a fiscalização.<sup>18</sup>

Existem ainda, o cadastro de empregadores infratores, conforme a portaria nº 540 do Ministério do Trabalho, bem como medidas de assistência e inclusão, bem como a atuação do Ministério Público do Trabalho, do poder Judiciário e do Terceiro Setor.<sup>19</sup>

O fato é que tais medidas não se mostram plenas para a prevenção dessas condições tão abusiva de trabalho. O fato é que, da forma como está hoje, os mecanismos existentes apenas funcionam a partir das denúncias feitas, se não houver denuncia, todo o sistema combater o trabalho escravo não irá entrar em ação.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> ALMEIDA, André Henrique de. Mecanismos de combate ao “trabalho escravo contemporâneo”. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 15, n. 98, mar. 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11299](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11299)>. Acesso em: 2 jul. 2016.

<sup>17</sup> ALMEIDA, André Henrique de. Mecanismos de combate ao “trabalho escravo contemporâneo”. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 15, n. 98, mar. 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11299](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11299)>. Acesso em: 2 jul. 2016.

<sup>18</sup> ALMEIDA, André Henrique de. Mecanismos de combate ao “trabalho escravo contemporâneo”. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 15, n. 98, mar. 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11299](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11299)>. Acesso em: 2 jul. 2016.

<sup>19</sup> ALMEIDA, André Henrique de. Mecanismos de combate ao “trabalho escravo contemporâneo”. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 15, n. 98, mar. 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11299](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11299)>. Acesso em: 2 jul. 2016.

<sup>20</sup> D'ARROCHELLA, Renata Lima Sequeira. Condições análogas à escravidão e a não efetividade das normas protetivas. In: *ÂMBITO JURÍDICO*, Rio Grande, XVIII, n. 143, dez. 2015. Disponível em:

Portanto, pode-se concluir que o é extremamente necessária a criação de medidas que conscientize a população quanto ao trabalho escravo, principalmente os que podem vir a ser aliciados para trabalharem em condições tão precárias, bem como orientar os empregadores sobre os benefícios de não se realizar contratações dessa forma, além de aumentar-se o meio coercitivo para a aplicação de tais medidas.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, André Henrique de. Mecanismos de combate ao “trabalho escravo contemporâneo”. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 15, n. 98, mar. 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11299](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11299)>. Acesso em: 2 jul. 2016.

BRASIL. **Decreto n. 41.721, de 25 de junho de 1957**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Antigos/D41721.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D41721.htm)> Acesso em: 2 jun. 2016.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência Social. **Manual de combate ao trabalho em condições análogas às de escravo**. Brasília: MTE, 2011. Disponível em: <<http://www.mtps.gov.br/publicacoes-do-mtps/trabalho/inspecao-do-trabalho>> Acesso em: 2 jul. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista do Ministério Público Do Trabalho. **RR: 1461007120055080107**. Sexta turma. Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Brasília, 17 de dezembro de 2013. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)> Acesso em: 2 jul. 2016.

D'ARROCHELLA, Renata Lima Sequeira. Condições análogas à escravidão e a não efetividade das normas protetivas. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 18, n. 143, dez. 2015. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=16634](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16634)>. Acesso em: 2 jul. 2016.

LEIS Abolicionistas no Brasil. Disponível em: <[http://www.historiadobrasil.net/brasil\\_monarquia/leis\\_abolicionistas.htm](http://www.historiadobrasil.net/brasil_monarquia/leis_abolicionistas.htm)>. Acesso em: 2 jun. 2016.

---

<[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=16634](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16634)>. Acesso em: 2 jul. 2016.

SIQUEIRA, Túlio Manoel Leles de. O trabalho escravo perdura no Brasil do Século XXI. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v. 52, n. 82, p. 127-147, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.trt3.jus.br/>> Acesso em: 6 jun.

# LEGITIMIDADE A RECUSA DE TRANSFUSÃO DE SANGUE PELAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ

Bruno Pereira de Macedo<sup>1</sup>

## RESUMO

Texto sobre os fundamentos constitucionais que legitimam a recusa das Testemunhas de Jeová de submeterem à transfusão de sangue. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana, como fundamento da República e norma de regência de todas as decisões estatais, tem importância preponderante na solução do presente caso. Ademais, corrobora a legitimidade da recusa os direitos fundamentais à liberdade, à liberdade religiosa e à igualdade. Com relação ao aparente conflito de direitos fundamentais, vida e liberdade religiosa, tem-se que este não ocorre, não podendo ser argumento contrário à recusa. Contudo, o consentimento informado apresenta-se como um requisito para o exercício da autonomia da vontade.

**Palavras-chave:** Legitimidade da recusa de transfusão de sangue pelas Testemunhas de Jeová. Dignidade da pessoa humana e liberdade de crença. Escolha esclarecida.

## ABSTRACT

Article about the constitutional foundations that legitimize the refusal of Jehovah's Witnesses submit to blood transfusion. In this sense, the human dignity, as the foundation of the Republic and regency rule of all state decisions, has preponderant important in the solution of this case. Furthermore, it supports the legitimacy of the refusal the fundamental rights to liberty, religious freedom and equality. With respect to the apparent conflict of fundamental rights - life and religious freedom – this doesn't happen. However, the informed consent as a requirement for exercise the freedom choice.

**Key-words:** Legitimacy of the refusal of blood transfusions by Jehovah's Witnesses. Human dignity and religious freedom. Informed consent.

---

<sup>1</sup> Advogado. Sócio fundador da Costa, Macedo & Nogueira Advogados. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Membro da Comissão de Direito das Famílias e das Sucessões da OAB/DF. Aluno do curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. Endereço profissional à SHIS QI 17, Conjunto 01, Casa 02, Lago Sul, Brasília-DF. CEP 71.645-010. E-mail: bruno@cmnadv.com

## 1 INTRODUÇÃO

O tema selecionado é bastante delicado e cada vez mais tem tomado corpo nas discussões jurídicas e médicas. Nesse rumo, os Tribunais em todo o mundo<sup>2</sup> têm recebido diversas demandas referentes ao assunto, assim como as Cortes pátrias<sup>3</sup>. Isso porque, não raramente, o médico ou o hospital, ao se deparar com a recusa do paciente a se submeter ao tratamento médico decorrente de justificativa religiosa, tem buscado o Poder Judiciário a fim de obter medidas liminares que autorizem o uso compulsório da transfusão de sangue. Em outros casos, o paciente – Testemunha de Jeová – quem necessita se socorrer do Poder Judiciário com o intuito, por exemplo, de obter decisão judicial que obrigue o Estado a prestar tratamento alternativo que não utilize a inserção de sangue.

A discussão perpassa por várias óticas, incluindo-se a jusfilosófica, a médica, a religiosa e a jurídica. Assim, o intuito deste trabalho é ater-se a visão jurídica envolta ao tema, principalmente, acerca dos aspectos constitucionais que circundam o direito das Testemunhas de Jeová de recusarem tratamento que utilize a transfusão de sangue.

Nesse diapasão, necessariamente, tem-se que tratar dos direitos fundamentais esculpidos no art. 5º, da CF, bem como do fundamento da República – dignidade da pessoa humana -, de qual deriva todos os direitos fundamentais em exame.

<sup>2</sup> Corte de Apelação de Ontario, Canadá, *Malette x Shulman et al*, j. 30.03.1990; Corte de Apelação da Pensilvânia, EUA, *In re Duran*, 769 A.2d 497 (Pa. Super 2001); Suprema Corte de Illinois, *Margaret I. Aste x Bernice Brooks*, Ap 38914, j. 18.03.1965; Corte de Apelação de Mineira, Argentina, Ap 13180/05, j. 22.09.2005. Tradução livre: “Diante da situação fática exposta e resultando a recusa de uma decisão pessoal e consciente do paciente, a mesma não pode ser contrariada por nenhuma determinação judicial, sob pena de violar os direitos constitucionais fundamentais de dispor de seu próprio corpo e liberdade de crença.”. Confira *leading case* no mesmo sentido nos Estados Unidos, *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 211 NY 125, 105 NE 92 (1914): “Todo ser humano, adulto e com sanidade mental, tem o direito de decidir o que será feito com o seu próprio corpo; e o cirurgião que faz uma operação sem o consentimento do paciente comete violência física, o que o torna passível de indenizar.”.

<sup>3</sup> TJMG, 1ª Câmara Cível, Ag 1.0701.07.191519-6/001, rel. Des. Alberto Vilas Boas, j. 14.08.2007; TJMT, 5ª Câmara Cível, Ag 22395/2006, rel. Des. Sebastião Arruda Almeida, j. 31.05.2016; 1ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto, SP, pedido de expedição de alvará judicial, juiz Paulo Cesar Gentile, j. 07.12.2008.

Um Estado para ser denominado de *Estado Democrático de Direito* pressupõe, dentre outras coisas, a garantia de direitos individuais de forma igualitária e democrática. Nesse ponto, importante destacar que a democracia não é apenas a realização da vontade da maior parcela da população, sob pena de se instalar a ditadura da maioria, mas o dever de proteção do direito das minorias.

Desse modo, percebe-se que o tema aqui tratado se aproxima de diversas outras bandeiras levantadas pelas minorias em nosso país, as quais buscam assegurar os direitos de seus representados em prol da igualdade substancial.

Nesse rumo, importante dizer que a igualdade corresponde à existência de condições favoráveis para que todos exerçam os seus direitos individuais de modo livre e igualitário.

Com efeito, tem-se que as Testemunhas de Jeová, em decorrência de sua crença – baseada na Bíblia<sup>4</sup> -, não aceitam se submeter à transfusão de sangue, o que difere de não desejarem tratamento médico. Dito isso, pois, elas buscam tratamentos alternativos e confiam na medicina, não buscam a cura pela fé<sup>5</sup>. Assim, apenas defendem ser inaceitável a inserção de sangue como tratamento médico, não fazendo qualquer objeção aos tratamentos que não utilizam sangue halogênico.

<sup>4</sup> Definição encontrada no sítio das Testemunhas de Jeová: “Mesmo vindo de centenas de grupos étnicos e falando centenas de idiomas, somos unidos pelos mesmos objetivos. Acima de tudo, queremos honrar a Jeová, o Deus da Bíblia e o Criador de todas as coisas. Fazemos o nosso melhor para imitar a Jesus Cristo e temos orgulho de ser chamados cristãos. Todos nós dedicamos tempo à obra de ensinar as pessoas sobre a Bíblia e o Reino de Deus. Visto que damos testemunho, ou falamos, sobre Jeová Deus e seu Reino, somos conhecidos como Testemunhas de Jeová.”. Disponível em: <<https://www.jw.org/pt/>>. Acesso em: 04 jul. 2016.

<sup>5</sup> Justificativa encontrada no sítio das Testemunhas de Jeová: “Sim, as Testemunhas de Jeová tomam remédios e aceitam tratamentos médicos. Embora façamos o máximo para cuidar de nossa saúde, às vezes nós ‘precisamos de um médico’. (Lucas 5:31). De fato, algumas Testemunhas de Jeová são médicas, assim como o cristão Lucas, do primeiro século. — Colossenses 4:14. No entanto, nós não aceitamos tratamentos médicos que entrem em conflito com os princípios bíblicos. Por exemplo, não aceitamos transfusões de sangue porque a Bíblia proíbe o uso de sangue para sustentar a vida. (Atos 15:20) A Bíblia também proíbe tratamentos ou procedimentos que envolvam práticas espíritas. — Gálatas 5:19-21. Mas a grande maioria dos tratamentos médicos disponíveis não entra em conflito com os princípios bíblicos. Nesses casos, é uma questão de escolha pessoal. Uma Testemunha de Jeová talvez aceite certo remédio ou tratamento, mas outra não. — Gálatas 6:5.”. Disponível em: < <https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/testemunhas-de-jeova-ajuda-medica/>>. Acesso em: 04 jul. 2016. Ainda sobre o assunto: <<https://www.jw.org/pt/biblioteca-medica/cirurgia-sem-sangue/>>.



Ademais, além de tratar dos fundamentos legitimadores do direito das Testemunhas de Jeová, igualmente importante se faz tratar da forma de exercício desse direito, quer dizer, para que uma pessoa tenha sua vontade respeitada - não ser submetida à transfusão de sangue -, quais são os requisitos legais exigíveis para tanto.

Destarte, a temática se mostra constitucionalmente relevante, de modo que o operador do direito não pode se eximir, por meio da hermenêutica, de buscar uma solução para a presente celeuma, tendo em vista a ausência de legislação diametralmente específica.

## **2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS QUE LEGITIMAM A RECUSA A TRANSFUSÃO DE SANGUE**

Há não muito tempo, especificamente até meados do século XX, vivia-se a era do paternalismo médico, por meio da qual se pregava o princípio da beneficência, de tal modo que o médico assumia a função de protetor do paciente, podendo tomar toda e qualquer medida com o fito de restaurar a sua saúde ou prolongar a sua vida<sup>6</sup>.

Desse modo, era legítima a intervenção médica por meio dos critérios de seus operadores, independente da anuência ou concordância do paciente com os tratamentos impostos pelo médico.

A ruptura, ou ao menos o começo da mudança desse paradigma, ocorreu com o Código de Nuremberg<sup>7</sup>, o qual, fundado no princípio da autodeterminação, regulou as pesquisas médicas com seres humanos.

A partir desse marco histórico, a medicina deu voz à autonomia do paciente em detrimento ao paternalismo médico. Com essa alteração de paradigma, o paciente passou a ser um sujeito de direitos fundamentais,

<sup>6</sup> Fez-se referência ao “Juramento de Hipócrates”, o qual é realizado tradicionalmente nas formaturas de medicina. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Juramento\\_de\\_Hip%C3%B3crates](https://pt.wikipedia.org/wiki/Juramento_de_Hip%C3%B3crates)>. Acesso em: 1 jul. 2016.

<sup>7</sup> V.U.S. National Archives, records of the United States Nuremberg War Crimes Tribunal: United States of America v. Karl Brandt, et al (Case I) November 21, 1946 – August 20, 1947, 1974. Disponível em: <<http://www.archives.gov/research/captured-german-records/micro-film/m887.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2016.

consequência, também, do reconhecimento da dignidade da pessoa humana mundo afora.

Com isso, o paciente passou a ter o direito à informação e de escolha consciente para decidir qual tratamento médico se submeter. Evidente que o médico não está compelido a realizar o procedimento médico escolhido pelo paciente, de modo que poderá indicá-lo um profissional que tenha capacidade técnica para fazê-lo.

Ademais, importante ressaltar que precede à autonomia do paciente a existência de seu consentimento genuíno, entendido como aquele manifestado por meio de uma vontade livre e informada<sup>8</sup>, como será esmiuçado em tópico específico.

Superada a evolução histórica dos princípios basilares da medicina, passa-se, de fato, ao primeiro fundamento constitucional - porque não, supraconstitucional -, a dignidade da pessoa humana como justificador do direito de recusa a tratamento médico.

## 2.1 Dignidade da pessoa humana.

Segundo Kant, a dignidade da pessoa humana se reflete no fato de qualquer ser humano possuir um valor intrínseco, de tal modo que a pessoa existe para atender os seus propósitos e não os de outrem<sup>9</sup>.

É incontroverso que, no mundo contemporâneo, a dignidade da pessoa humana é fonte dos direitos fundamentais, bem como representa um norte de observância obrigatória para o Estado Democrático de Direito<sup>10</sup>. Por tal razão, que no tópico anterior, ousou-se a dizer que a dignidade da pessoa humana é um fundamento supraconstitucional<sup>11</sup>, tendo em vista a sua relevância.

---

<sup>8</sup> NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. **O consentimento informado na relação médico-paciente: respeitando a dignidade da pessoa humana**. Revista Trimestral de Direito Civil, 2007.

<sup>9</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. 2004, p. 68.

<sup>10</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del estado de derecho**. 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005.

<sup>11</sup> HABERLE, Peter. **El estado constitucional**. Buenos Aires: Editorial Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007.

Na Constituição de 1988 tem-se a dignidade estampada em seu art. 1º, tratada como um fundamento da República, o que reforça a obrigatoriedade de observância por parte do Estado ao legislar ou ao aplicar o direito<sup>12</sup>.

Seguindo, a dignidade humana pode se apresentar como autonomia ou como heteronomia<sup>13</sup>.

Em suma, a primeira modalidade envolve a capacidade de autodeterminação do sujeito, consubstanciada no direito de decidir os caminhos de sua vida e de desenvolver sua própria personalidade, assumindo responsabilidades por suas decisões<sup>14</sup>. Exemplificando, esse sujeito tem o direito de realizar escolhas existenciais, tais como, religião, casamento, ocupação, dentre outras personalíssimas, desde que não violem direito de terceiros. Além disso, para ser possível o exercício dessa autodeterminação é indispensável haver meios adequados para que essa liberdade seja alcançada, sob pena de se tornar retórica. Para tanto, integra-se a essa modalidade de dignidade humana o conceito de *mínimo existencial*, correspondente à existência de mínimas condições econômicas, educacionais e psicofísicas para que o sujeito, de fato, atinja a dignidade humana.

Por sua vez, a dignidade humana como heteronomia, tem razão de ser pela necessidade de imposição de valores externos aos sujeitos, de modo a regulamentar o convívio em sociedade, tendo em vista a pluralidade de indivíduos. Assim, pode-se dizer que a dignidade como heteronomia tem o condão de impor limites à liberdade individual, por meio de conceitos jurídicos como o interesse público e o bem comum.

Interpretando a Constituição pátria, tem-se como notória a prevalência da dignidade humana como autonomia, de modo a privilegiar as liberdades

<sup>12</sup> HERRERA, Miguel Ángel García. Poder judicial y Estado social: legalidade y resistencia constitucional, In: IBÁÑEZ, Andrés. **Corrupción y Estado de derecho**: el papel de la jurisdicción. Madrid: Editorial Trotta, 1996, p. 71.

<sup>13</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. 2004, p. 75.

<sup>14</sup> HABERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Buenos Aires: Editorial Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007.

individuais, decorrente da própria condição de Constituição democrática que possuímos<sup>15</sup>.

Assim, baseado no ordenamento jurídico pátrio, revela-se possível defender a prevalência das escolhas individuais dos sujeitos, desde que não defesas em lei – frise-se, norma constitucionalmente compatível -, ou ainda, impõe-se um ônus argumentativo especial para afastá-las.

Desse modo, aplicando-se ao caso em exame, tem-se que a própria dignidade humana é um dos fundamentos legitimadores da recusa do paciente a se submeter a determinado tipo de tratamento médico. Isso porque, deve-se prevalecer a autodeterminação do paciente, como um sujeito de direitos, livre e capaz de decidir.

Como visto, a partir da dignidade humana extraem-se diversos direitos e garantias fundamentais, tal como propagados em nosso art. 5º, assim, passa-se a expor os direitos fundamentais envoltos ao caso.

## **2.2. Direitos fundamentais (art. 5º).**

Não é difícil perceber ao menos dois direitos fundamentais relacionados à temática em discussão, o direito à vida e o direito a liberdade religiosa. Além desses, merecem relevo os direitos à igualdade e à liberdade – esta em sentido amplo e não apenas a liberdade religiosa.

O direito à vida, esculpido no caput do art. 5º, pode ser entendido como um direito essencialmente contra o Estado, na medida em que este deve atuar para preservá-lo. Além disso, o direito à vida exige que o Estado provenha o mínimo necessário para que o sujeito tenha uma vida digna (alimentação, saúde, educação, segurança, moradia e etc.)<sup>16</sup>.

Percebe-se a importância dada pelo Estado brasileiro ao direito à vida pela proteção penal ofertada à espécie, exemplos, criminalização do aborto, do

---

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

<sup>16</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito de recusa de pacientes, de seus familiares ou dependentes, às transfusões de sangue: por razões científicas e convicções religiosas*. São Paulo, 2000.

infanticídio, da instigação ao suicídio, da eutanásia, dentre outras condutas potencialmente lesivas à vida.

Ocorre que, como salientado, o direito à vida não se esvazia como norma protetiva em face do Estado, mas exige-se que este direito seja compreendido em conjunto com a dignidade humana, de tal sorte que seja assegurada uma vida digna ao indivíduo.

Assim, para o sujeito alcançar uma vida digna a Constituição prevê uma série de outros direitos igualmente protegidos, tais como a liberdade – sentido amplo -, a liberdade de crença e a igualdade.

A proteção ao direito à liberdade, além do caput do art. 5º, é vista em diversos incisos e em diversas variações. Nesse sentido, tem-se a liberdade de locomoção, a liberdade de fazer tudo aquilo que não for defeso em lei, a liberdade de associar-se, a liberdade de manifestação, a liberdade de crença, dentre outras espécies de liberdade.

Desse modo, o indivíduo é livre para, conscientemente, fazer o que bem entender, ressalvados os limites legais. Rousseau, em sua obra *O Contrato Social* descreveu a liberdade como: “A obediência à lei que alguém se prescreveu é a liberdade.”.

Em decorrência da liberdade individual, não se imagina razoável um sujeito suportar uma ação judicial com a intenção de proibir eventual prática de esportes radicais, simplesmente pelo suposto conflito de direitos fundamentais - vida e liberdade -, haja vista o risco inerente desta prática esportiva.

Tampouco se apresenta constitucional uma suposta ação estatal para proibir que uma pessoa preste ajuda humanitária em região de guerra, mesmo que o risco seja extremamente elevado, sob pena de aviltar as escolhas existenciais do sujeito. Ainda, no mesmo sentido, não se obriga uma pessoa que possui histórico de câncer na família a se submeter a exames periódicos.

Note-se que o direito à vida, por mais importante que ele seja, não é absoluto, como visto nos exemplos acima, bem como se percebe nas exceções

previstas em nossa legislação: pena de morte em caso de guerra declarada e excludentes de ilicitudes que legitimam o homicídio – legítima defesa, estado de necessidade e estrito cumprimento de dever legal.

Portanto, se o indivíduo tem a liberdade de exercer diversas atividades potencialmente lesivas à vida, não se vislumbra razoável a limitação do direito do paciente de se recusar a exercer determinado tratamento médico, mesmo que esta recusa represente risco de morte.

Ainda, avançando nos fundamentos que legitimam o direito de recusa das Testemunhas de Jeová, tem-se a liberdade religiosa prevista no inciso VI do art. 5º da CF<sup>17</sup>.

O Estado Brasileiro é laico, porém, como um verdadeiro Estado Democrático, deve assegurar as condições necessárias para que os cidadãos exerçam – caso queiram – a crença que melhor julgarem, e, não apenas permitir a realização de cultos.

Sobre a liberdade de crença, Pontes de Miranda, ainda sob a égide da Constituição de 1946, já relatava o seguinte: “é direito individual fundamental, que independe de qualquer escalonamento, em virtude de maior ou menor numero de adeptos, ou de outro fator diferente.”<sup>18</sup>.

Resta evidente que a liberdade de crença não se esgota no direito individual de optar por qual religião se associar, mas envolve todas as consequências lógicas dessa liberdade, de modo que o Estado deve estar preparado para atender as variadas demandas oriundas da pluralidade religiosa. A Constituição tanto nos reza isso, que o próprio inciso VIII do art. 5º é um exemplo da proteção constitucional dada à liberdade religiosa, além da

<sup>17</sup> Art. 5º [...] VI - É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

<sup>18</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. 3.ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

liberdade de culto<sup>19</sup>. Ademais, o art. 143, § 1º, traz a possibilidade de se eximir de serviço militar obrigatório em decorrência da crença<sup>20</sup>.

A partir dos ensinamentos de Canotilho, vê-se que a liberdade religiosa possui diversos desdobramentos: i) direito subjetivo individual; ii) direito fundamental, na medida que funciona como base de qualquer ordenamento jurídico e base do exercício de outros direitos; iii) direito negativo, tendo em vista que se mostra como um direito oponível em face de intervenções agressivas e restritivas porventura adotadas pelos poderes públicos ou privados; iv) direito positivo, porque promove e exige condições sociais de desenvolvimento da pessoa, seja de modo individual subjetivo ou coletivo; v) direito preceptivo, em decorrência da imediata aplicação; vi) direito público e coletivo, pois implica no direito de associação e de auto-organização; vii) direito universal, decorrente da manifestação subjetiva observável em qualquer sociedade livre<sup>21</sup>.

Em um Estado Democrático de Direito, para se materializar o direito à liberdade religiosa, o Estado jamais poderá impor condutas aos cidadãos que atentem à sua dignidade e à sua liberdade de crença, seja por meio de leis ou decisões judiciais, devendo atuar de maneira neutra e imparcial<sup>22</sup>. Nesse sentido, mostra-se possível, em virtude de motivo de cunho religioso, as Testemunhas de Jeová se recusarem a realização de procedimento médico que utiliza transfusão sanguínea, caso contrário, o Estado estaria patrocinando uma afronta direta ao direito de liberdade de crença, além de afrontar a própria dignidade destes sujeitos titulares de direitos.

<sup>19</sup> Art. 5º [...] VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; [...]

<sup>20</sup> Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei. § 1º Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.

<sup>21</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. A liberdade religiosa entre o juspositivismo constitucional e a judicialização dos conflitos religiosos. In: CÓDIGO das Sociedades Comerciais. v. II. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

<sup>22</sup> HABERMAS, Jürgen. **Entre Naturalismo e Religião**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. No mesmo sentido cf. BRITO, Miguel Nogueira De. **Liberdade religiosa, liberdade da igreja e relações entre o Estado e a Igreja**. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

Por fim, cumpre destacar neste tópico, outro direito fundamental justificante da recusa à submissão de determinado tratamento médico, qual seja, o direito à igualdade, entendido como, além de um direito individual, uma obrigação estatal de possibilitar a igualdade substancial.

Dito isso, pois, acaso não entender como legítima a recusa das Testemunhas de Jeová a se submeterem a transfusão de sangue, em verdade, o Estado estaria proibindo que estes indivíduos profetizem sua própria crença em detrimento das demais religiões praticadas no país.

Ademais, impedir a recusa à transfusão de sangue fere o direito à igualdade, também, por expressar um preconceito para com a religião professada por este grupo de cristãos. Dito isso, pois, denota-se discriminatório impossibilitar o livre exercício da liberdade de crença, ferindo-se, inclusive, a dignidade humana do paciente, acaso o Estado limite esta vontade livre e consciente das Testemunhas de Jeová.

Destarte, pelo o exposto acima, ser legítima a recusa das Testemunhas de Jeová de se submeterem a tratamentos médicos que utilizem transfusão sanguínea, em especial, pela proteção constitucional dada à dignidade da pessoa humana e à liberdade de crença. Contudo, relevante se mostra rechaçar uma falsa premissa, diuturnamente utilizada para obstar o direito aqui reconhecido, materializada na falsa coalisão de direitos fundamentais: vida x liberdade religiosa.

### **2.3 Aparente conflito entre direitos fundamentais: vida e liberdade religiosa**

Ao analisar as ações judiciais propostas com o fito de obter decisão judicial que autorize a execução de transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová, percebe-se uma argumentação equivocada a respeito de uma suposta colisão de direitos fundamentais.



A partir dos pedidos ou das decisões concessivas<sup>23</sup>, verifica-se que é utilizada uma técnica de ponderação entre o direito à vida e o direito à liberdade de crença, em suma, para decidir qual direito tem que prevalecer sobre o outro.

Inicialmente, antes de adentrar a fundamentação jurídica em si, necessário esclarecer alguns pontos com relação à crença das Testemunhas de Jeová.

Elas pregam que a transfusão de sangue é algo proibido, com base no entendimento firmado a partir da Bíblia<sup>24</sup>. Entretanto, elas aceitam se submeterem a tratamentos alternativos, os quais não utilizam sangue halogênico – frise-se, que possuem eficácia comprovada pela própria medicina e menos riscos comparando-os às transfusões - <sup>25</sup>. Assim, estas pessoas não desejam a morte, praticando uma espécie de suicídio, pelo contrário, confiam e esperam da própria medicina uma solução para o eventual problema de saúde.

Ressalta-se que não cabe ao Estado analisar o mérito da convicção teológica, mas tão somente respeitá-la, uma vez que não atenta à coletividade, sendo tal opção individual e subjetiva. Portanto, ao recusarem a transfusão de sangue, as Testemunhas de Jeová estão apenas exercendo o seu direito à

<sup>23</sup> TRF 1ª Região, Ag 2009.01.00.010855-6/GO, rel. Des. Fagundes de Deus, j. 26.02.2009.

<sup>24</sup> Gênesis, 9: 3-4; Levítico, 17:14; Deuteronômio 12:23; Atos 15:20; e Atos 15:28-29. Referências retiradas do sítio oficial das Testemunhas de Jeová. Disponível em: < [https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/por-que-testemunhas-jeova-nao-transfusao-sangue/#?insight\[search\\_id\]=249b5d93-85c8-4a44-9ccd-a0dcac4b1ebc&insight\[search\\_result\\_index\]=0](https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/por-que-testemunhas-jeova-nao-transfusao-sangue/#?insight[search_id]=249b5d93-85c8-4a44-9ccd-a0dcac4b1ebc&insight[search_result_index]=0)>. Acesso em: 04 jul. 2016.

<sup>25</sup> Álvaro Villaça Azevedo, em seu parecer sobre o tema, assim dispôs sobre os tratamentos alternativos à transfusão de sangue: Diante dos perigos transfusionais e dos grandes avanços da Medicina, bem como a disponibilização destes para a população em geral, a terapia transfusional não pode ser considerada como o único meio de que pode se valer o médico para tratar um paciente. Há outras técnicas, procedimentos e tratamentos isentos de transfusão de sangue que atingem o mesmo resultado. Existem atualmente diversas formas em que uma equipe médica pode minimizar ou evitar a realização de hemotransfusão [...]. A conjugação de fatores, tais como riscos transfusionais, avanços da medicina não transfusional, imprecisão da indicação de uma hemotransfusão e a preocupação com o paciente como ser humano, como sujeito de direitos e cujos desejos devem ser respeitados [...]. Em 150 países, mais de 100.000 médicos comprometem-se a aplicar cirurgia sem transfusões de sangue pois acreditam que as opções terapêuticas à transfusão de sangue são simples, seguras e eficazes [...]. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue: mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros*. São Paulo: [s. n.], 2010.

liberdade de crença, contudo, buscam a cura por meio de outros métodos médicos.

Voltando a questão eminentemente jurídica, tem-se a colisão entre direitos fundamentais quando o exercício do direito fundamental de um sujeito repercute negativamente no direito fundamental de **outrem** titular de direito<sup>26</sup>.

Assim, caso o julgador esteja diante de uma situação de colisão de direitos fundamentais, este terá que se valer da técnica de ponderação, por meio do princípio da proporcionalidade, e decidir pela aplicação do direito fundamental que julgar mais amplo, ou seja, preponderante<sup>27</sup>.

No caso em testilha, não se mostra plausível o Poder Judiciário deferir medida judicial, a fim de autorizar a transfusão compulsória em um paciente, sob o pretexto da técnica de ponderação, dando-se prevalência ao direito à vida em detrimento do direito à liberdade religiosa, por uma razão muito simples; só há colidência de direitos fundamentais quando o exercício do direito fundamental de um indivíduo repercute negativamente no direito fundamental **de outrem**<sup>28</sup>,

Ora, é notório que o exercício do direito fundamental à liberdade de crença, manifestado por uma Testemunha de Jeová, ao recusar tratamento médico, não gera qualquer efeito em direito fundamental de outrem. Tal opção é apenas uma forma de negar uma prática atentatória à sua liberdade de crença e à sua dignidade, refletindo eventual dano apenas ao próprio paciente.

Contudo, não obstante se mostrar equivocada a premissa que tem sido utilizada para obstar a liberdade de crença das Testemunhas de Jeová, muitos juristas replicam esse equívoco<sup>29</sup>, levando-se a decisões manifestamente inconstitucionais.

<sup>26</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 57.

<sup>27</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 110.

<sup>28</sup> NERY JR., Nelson. **Escolha Esclarecida de Tratamento Médico por Pacientes Testemunhas de Jeová**: como exercício harmônico de direitos fundamentais. São Paulo, 2009.

<sup>29</sup> LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 985.

Estar-se-ia, por exemplo, diante de um caso de colisão de direitos fundamentais, se a recusa de um cidadão a se submeter a determinado tratamento médico representasse um grande risco de epidemia. Aqui, evidente que a liberdade individual estaria em choque com o direito de terceiros, de modo que o julgador teria que se valer da técnica de ponderação<sup>30</sup>.

Assim, resta superada a tese de conflito entre o direito fundamental à vida e o direito fundamental à liberdade religiosa, sobretudo pela própria ausência de conflito, conforme relatado acima, bem como pela recusa ao tratamento não se demonstrar uma renúncia do direito à vida, mas tão somente à restrição a determinado procedimento médico.

### 3 CONDIÇÕES PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE RECUSA AO TRATAMENTO MÉDICO

Até aqui, restou consignado o direito das Testemunhas de Jeová de recusarem tratamento médico que se utilize de transfusão de sangue, em suma, em virtude da liberdade de crença e da dignidade humana. Ocorre que, para ser possível o exercício válido dessa autonomia, são necessárias algumas condições.

Exige-se o consentimento genuíno<sup>31</sup> do paciente para que sua recusa surta efeitos práticos. Quer dizer, a autonomia da vontade deverá ser expressa de maneira válida e inequívoca. Assim, para ser válida, o paciente tem que ser capaz, estando em condições adequadas de discernimento. Por outro lado, para que esse consentimento seja entendido como inequívoco, o sujeito de direitos deverá fazê-lo de modo personalíssimo, expresso e atual<sup>32</sup>.

O consentimento informado, como declaração de vontade, pode ser definido, juridicamente, como um ato jurídico em estrito senso<sup>33</sup>. Trata-se de

<sup>30</sup> RIESTRA, Sergio Gallego. *El derecho del paciente a la autonomia personal y las instrucciones previas*: uma nueva realidad legal. Navarra: Aranzadi, 2009.

<sup>31</sup> Variações de denominações: consentimento informado; consentimento genuíno; e escolha esclarecida.

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunha de Jeová*: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2016

<sup>33</sup> PEREIRA, André Gonçalves Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*: estudo de direito civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

um direito personalíssimo do paciente, refletido em seu desejo de autodeterminar-se.

A título de contraponto, não poderia este ato ser definido como um negócio jurídico, porquanto não presente a alteridade de fato a qual caracteriza os negócios jurídicos (unilaterais ou bilaterais). Em verdade, essa declaração de vontade possui efeito *erga omnes*, não sendo restrita a um sujeito ou grupo específico de indivíduos<sup>34</sup>.

Seguindo, por ser um ato jurídico que não possui previsão legal para sua validação, tem-se que não é exigível formalidade específica, nos termos do art. 107 do Código Civil Brasileiro (liberdade de formas)<sup>35</sup>, apenas, o consentimento informado.

A capacidade exigível do paciente não se confunde com a capacidade civil, mas corresponde a capacidade de discernimento, no que tange ao entendimento esclarecido a respeito dos riscos e sacrifícios de sua decisão<sup>36</sup>.

Assim, essa manifestação deverá ser expressa, escrita ou verbal, entretanto, por cautela sugere-se seja feita por escrito, a fim de evitar eventual responsabilização médica. Mas, quando o paciente não está em condições de expressar sua vontade, por exemplo, em virtude de um estado de coma, como aferir a sua vontade?

Nesse ponto, importante destacar que a Testemunha de Jeová, a fim de se precaver, pode expressar essa vontade anteriormente a própria enfermidade. Assim, podem firmar documento que contenha elementos suficientes de seu convencimento informado<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> NERY JR., Neslon. **Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes Testemunhas de Jeová:** como exercício harmônico de direitos fundamentais. São Paulo, 2009.

<sup>35</sup> Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

<sup>36</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente:** estudo de direito civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

<sup>37</sup> Nesse ponto, importante destacar que as Testemunhas de Jeová possuem um documento que portam consigo, no qual consta a recusa expressa à transfusão de sangue, bem como nomeiam procuradores para adotarem as medidas necessárias.

Assim, igualmente ao testamento que possui valor jurídico para fazer valer a vontade do de cujus, o indivíduo poderá elaborar documento que contenha sua vontade expressa, quanto a não aceitação a determinado tipo de tratamento médico, a qual deverá ser respeitada. Ainda, poderá nomear procurador a fim de que este tome decisões médicas em caso de impossibilidade do paciente<sup>38</sup>.

Portanto, para que o paciente possa exercer a sua autonomia, baseada na sua dignidade e na liberdade religiosa, deverá expressar o seu consentimento informado, de tal modo que o médico fique adstrito a respeitar a vontade do paciente, visto atualmente como um sujeito de direitos.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto, a partir do último século, a ética médica evoluiu do paradigma do paternalismo para fundar-se no respeito à autonomia do paciente. Por consequência, passou a exigir a anuência do paciente, sobretudo, nas intervenções médicas que afetem sua integridade, como exemplo, nos casos de transplante de órgãos<sup>39</sup>.

A partir da dignidade humana, fundamento da República e norma de observância obrigatória, tem-se diversos direitos fundamentais que justificam a recusa das Testemunhas de Jeová a se submeterem a transfusão de sangue. Em especial, os direitos à liberdade de crença e a igualdade. O exercício dessa autonomia privada é inerente ao direito do indivíduo de fazer escolhas existenciais.

Contudo, apesar de reconhecer o direito desses sujeitos e a flagrante inconstitucionalidade de toda e qualquer medida que vise limitá-lo, tem-se como necessária a aferição de seu consentimento genuíno, quer dizer, uma

<sup>38</sup> No mesmo sentido: NERY JR., Neslon. **Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes Testemunhas de Jeová**: como exercício harmônico de direitos fundamentais. São Paulo, 2009.

<sup>39</sup> Lei nº 9.434/1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Art. 10. O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, assim inscrito em lista única de espera, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento.

escolha livre e informada, de tal modo que se tenham elementos concretos de que o paciente de fato está exercendo sua autonomia privada.

Assim, por todo o exposto, conclui-se pela legitimidade do direito das Testemunhas de Jeová recusarem tratamento médico que utilize transfusão de sangue, mormente pelos direitos fundamentais envolvidos ao caso, bem como por existirem tratamentos alternativos, exigindo-se apenas que esta escolha emane de uma vontade livre e consciente.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ARGENTINA. Corte de Apelação de Mineira, **Apelação nº 13180/05**. 22.09.2005.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Autonomia do paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue**: mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros. São Paulo: [s. n.], 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunha de Jeová**: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito de recusa de pacientes, de seus familiares ou dependentes, às transfusões de sangue**: por razões científicas e convicções religiosas. São Paulo, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 01 jul. 2016.

BRASIL. **Lei n. 10.40 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 01 jul. 2016.

BRASIL. **Lei n. 9.434 de 4 de fevereiro de 1997**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm)>. Acesso em: 04 jul. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo de Instrumento. **AI 2009.01.00.010855-6/GO**. Relator: Desembargador Federal Fagundes de Deus. Goiânia, 26 de fevereiro de 2009. Disponível em: <[arquivo.trf1.gov.br/AGText/2009/010800/200901000108556\\_8.doc](http://arquivo.trf1.gov.br/AGText/2009/010800/200901000108556_8.doc)>. Acesso em: 04 jul. 2016

CANADÁ. Corte de Apelação de Ontário. **Malette x Shulman**. 30.03.1990.

CANOTILHO, J. J. Gomes. A liberdade religiosa entre o juspositivismo constitucional e a judicialização dos conflitos religiosos. In: **CÓDIGO das Sociedades Comerciais**. Coimbra: Coimbra, 2007. v.2.

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del estado de derecho**. 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005.

HABERLE, Peter. **El estado constitucional**. Buenos Aires: Editorial Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Entre Naturalismo e Religião**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

HERRERA, Miguel Ángel Garcia. Poder judicial y Estado social: legalidade y resistencia constitucional, In: IBÁÑEZ, Andrés. **Corrupción y estado de derecho**: el papel de la jurisdicción. Madrid: Editorarial Trotta, 1996.

JURAMENTO de Hipócrates. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Juramento\\_de\\_Hip%C3%B3crates](https://pt.wikipedia.org/wiki/Juramento_de_Hip%C3%B3crates)>. Acesso em: 01 jul. 2016.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Agravo de Instrumento. **AI 22395/2006**. Quinta Câmara Cível. Relator: Desembargador Sebastião Arruda Almeida. Cuiabá, 31 de maio de 2016. Disponível em: <<https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322686450/agravo-de-instrumento-ai-223959620068110000-22395-2006>>. Acesso em: 04 jul. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento. **AI 1.0701.07.191519-6/001**. Primeira Câmara Cível. Relator: Desembargador

Alberto Vilas Boas. Uberlândia, 14 de agosto de 2007. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6019947/107010719151960012-mg-1070107191519-6-001-2-tjmg>>. Acesso em: 04 jul. 2016

NERY JR., Neslon. **Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes Testemunhas de Jeová**: como exercício harmônico de direitos fundamentais. São Paulo: [s. n.], 2009.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. O consentimento informado na relação médico-paciente: respeitando a dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 29, p. 95-110, 2007

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente**: estudo de direito civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

RIESTRA, Sergio Gallego. **El derecho del paciente a la autonomia personal y las instrucciones pre-vidas**: uma nueva realidad legal. Navarra: Aranzadi, 2009.

UNITED STATES. Suprema Corte de Illinois. **Ap 38914**. Margaret I. Aste x Bernice Brooks, 18.03.1965.

WATCHTOWER. **Testemunhas de Jeová**. Disponível em: <<https://www.jw.org/pt/>>. Acesso em: 04 jul. 2016.



# CRIMES VIRTUAIS NAS REDES SOCIAIS

Camila de Oliveira Ferreira Santos

## RESUMO

O avanço tecnológico vem sendo percebido há décadas e demonstra que veio alterar o modo de vida dos seres humanos, principalmente, no que diz respeito à informática e suas ramificações: a informatização impôs uma grande e significativa renovação no comportamento das pessoas em geral. Grande prova dessa revolução da informática é o surgimento de um novo modo de se relacionar - as redes sociais virtuais. Redes sociais como o Twitter, Facebook, e blogs são exemplos dessa realidade; deixam claro seu poder quando o assunto é a mobilização em prol de determinado assunto e mais: comprovam que as redes sociais virtuais avançaram como nunca no mundo real e que este processo é humanamente irreversível. Aproveitando-se deste grande alcance das redes virtuais, muitos se utilizam destas para cometerem crimes. Este trabalho buscará mostrar como as redes sociais podem ser utilizadas como meios para a prática de crimes virtuais como nunca no mundo real e que este processo é humanamente irreversível. Aproveitando-se deste grande alcance das redes virtuais, muitos se utilizam destas para cometerem crimes. Este artigo buscará mostrar como as redes sociais podem ser utilizadas como meios para a prática de crimes virtuais.

**Palavras-chave:** Comportamento. Redes sociais virtuais. Prática. Crimes.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por finalidade analisar os crimes virtuais nas redes sociais. A ascensão das redes sociais virtuais trouxe, além dos aspectos relacionados com a novidade tecnológica, novas formas de criminalidades.

No Brasil não existe uma lei específica sobre o tema, mas tão somente leis esparsas que tentam solucionar alguns crimes e suas aplicações são apenas no território Brasileiro, não contando com o apoio internacional, caso fuja de sua Jurisdição.

O avanço tecnológico aplicado ao computador e à Internet revolucionou uma nova tendência na vida cotidiana, advinda da globalização, impulsionando mudanças no mundo todo. Este tipo de rede social virtual veio facilitar e aumentar as formas de relacionamentos trazendo não só uma revolução no aspecto de relacionamentos como também no mundo jurídico, pois trata de questões atuais com reflexos patrimoniais e morais.

O tema é assunto relativamente novo, sendo que, o acesso à internet tem se popularizado cada vez mais, aumentando assim o volume de pessoas ingressantes em redes virtuais diariamente. Dessa forma, essa novidade que é cada vez mais crescente, vem motivando discussões entre os operadores do direito em todo o mundo, afim de que não se instale a insegurança jurídica.

Nesse sentido, a pergunta-problema a ser respondida é:

Qual é a dimensão e qual o tratamento jurídico para os crimes virtuais nas redes sociais?

A pesquisa tem como Objetivo Geral demonstrar e dissertar acerca dos crimes virtuais e sua dimensão nas redes sociais e investigar descritivamente no tocante à dimensão e o tratamento jurídico dado ao assunto. Quanto aos Específicos, são eles: a) Pesquisar e descrever sobre os crimes virtuais; b) Pesquisar e abordar a questão das redes sociais e a tipificação dos crimes; c) Conceituar e classificar os crimes virtuais nas redes sociais, sua amplitude; d) Retratar o surgimento de novas modalidades de crimes virtuais não tipificados pela legislação.

A metodologia adotada neste estudo terá um caráter descritivo, sendo que os dados obtidos serão registrados, classificados, analisados e interpretados, conforme referências bibliográficas a serem pesquisadas, com base em métodos comparativos e levantamento de dados.

O que se observou ao longo dos tempos foi o crescente aumento nos ingressos às redes sociais, trazendo consideráveis mudanças no cotidiano da população. Junto com esse aumento surgiram novas modalidades de crimes virtuais como o envio de e-mail simulando órgãos oficiais do governo ou de

instituições bancárias com a finalidade de se valer de informações confidenciais; além de outros relacionados à prática de crimes contra a honra, falsas acusações, mentiras, injúrias, ameaças e até a violência.

Todos esses crimes virtuais são atuais e apesar de diversas pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais o que se observa é que pairam muitas dúvidas e divergências sobre o assunto. Enquanto não se criam leis específicas para a regulamentação, o ordenamento jurídico brasileiro trata das questões desses crimes de forma atípica, por meio de uma legislação civil vigente.

Este trabalho busca em um primeiro momento analisar o aspecto histórico dos crimes virtuais, a origem da Internet, o desenvolvimento a expansão do mundo virtual, o domínio da internet no mundo. No segundo momento trata das Redes Sociais, da definição dos crimes, quem seria o sujeito praticante e passivo dos crimes cibernético. Por fim, a conclusão

## 2 CRIMES VIRTUAIS

A internet é um local que se impõe um caráter ilimitado de liberdade virtual, por isso diversos problemas éticos e jurídicos são desenvolvidos, o que dificulta, muitas vezes, a aplicação do direito virtualmente.

Hoje, o que se observa é que a internet ao mesmo tempo em que é uma ferramenta de globalização, que tem na comunicação uma condição técnica-científica de transmissão de informações que são direcionadas às pesquisas, também é uma ferramenta perigosa, pois pode ser utilizada como mecanismo da prática de crimes contra a honra, falsas acusações, mentiras, injúrias, ameaças e até a violência. Com tudo isso, diante de um espaço “sem limites” é difícil punir o agente praticante do crime, assim como realizar qualquer tipo de apreensão.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> PEREIRA, Tatiane. **Crime virtual**. Univali, 2010. Disponível em: <[siaibib01.univali.br/pdf/Tatiane% 20Pereira-Crime%20virtual.pdf](http://siaibib01.univali.br/pdf/Tatiane%20Pereira-Crime%20virtual.pdf)>. Acesso em: 28 Out. 2014.

A internet é utilizada por milhares de pessoas mundialmente. O Quadro 1 abaixo demonstra os países com a maior quantidade de usuários da rede mundial de computadores.

**Quadro 1** - Classificação dos usuários de internet

Rank Order - Internet Users			
Rank	Country	Internet users	Date of Information
1	World	1,018,057,389	2005
2	European Union	247,000,000	2006
3	United States	208,000,000	2006
4	China	162,000,000	2007
5	Japan	87,540,000	2006
6	India	60,000,000	2005
7	Brazil	42,600,000	2006
8	Germany	38,600,000	2006

Fonte: Godói, 2008.

Verifica-se que somente no Brasil, o número de usuários ultrapassa os 42 milhões, o que caracteriza, aproximadamente, 23% da população no ano de 2006<sup>2</sup>. O crescimento de usuários da internet tem se ampliado com o passar dos anos.

Ainda com relação à inestimável contribuição da rede em nosso mundo pós-moderno, mais precisamente em relação ao Poder Judiciário, Zaniolo afirma: “[...] em precisa síntese, conclui que a Justiça do novo milênio não pode mais sobreviver sem os benefícios da rede mundial de computadores, e muito menos ignorá-la. Trata-se de um imperativo de sobrevivência.”<sup>3</sup>

## 2.1 Aspecto histórico dos crimes virtuais

Os crimes virtuais, que serão discutidos nesse estudo, tratam-se da prática de delitos contra os indivíduos no ciberespaço, utilizando a internet como ferramenta para cometer crimes de diversas espécies. Assim, verifica-se

<sup>2</sup> GODOI, Evandro da Silva. **Aspectos destacados da pedofilia em redes sociais na internet**. Santa Catarina: Unisul, 2008

<sup>3</sup> ZANIOLO, P. Augusto. **Crimes modernos: o impacto da tecnologia no direito**. Curitiba: Juruá, 2007.

que o computador, cada vez mais, passa a fazer parte do cotidiano humano. Pois, hoje, é a principal ferramenta de trabalho e lazer das pessoas.

Pinheiro define esse equipamento como qualquer dispositivo que é “capaz de armazenar e manipular, lógica e matematicamente, quantidades numéricas representadas fisicamente. Em geral, entende-se por computador um sistema físico que realiza algum tipo de computação.”<sup>4</sup>

Os computadores que se conhece hoje nasceram na Segunda Guerra Mundial. A Marinha dos Estados Unidos, juntamente com a Universidade de *Harvard* criou o Mark I, um computador que foi projetado com base em um calculador analítico de Babbage.

A década de 1940 foi o desenvolvimento dos computadores. Com o passar do tempo, essa tecnologia foi se desenvolvendo, porém, quase todos esses equipamentos ainda utilizam até os dias atuais a arquitetura utilizada por Von Neumann, criada no final da referida década.

A arquitetura de Von Neumann descreve o computador com quatro seções principais: A Unidade lógica e aritmética (ULA), a Unidade de controle, a memória, e os dispositivos de entrada e saída (E/S ou I/O). Estas partes são interconectadas por fios e barramentos.<sup>5</sup>

Hoje, o mundo passa pela quinta geração de computadores, essa, por sua vez, tem como pressuposto a disseminação da internet, ou seja, atingir a todo lugar, levando o ambiente cibernético para toda parte do mundo.<sup>6</sup>

Pode-se conceituar a internet como:

Uma rede de redes em escala mundial de milhões de computadores que permite o acesso a informações e todo tipo de transferência de dados. O que hoje forma a

<sup>4</sup> PINHEIRO, Emeline Piva. **Crimes virtuais**: uma análise da criminalidade informática e da resposta estatal. 2006. Disponível em: <www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/\_1/emeline.pdf> Acesso em: 10 Jun. 2014. trabalhos2006

<sup>5</sup> PINHEIRO, Emeline Piva. **Crimes virtuais**: uma análise da criminalidade informática e da resposta estatal. 2006. Disponível em: <www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/\_1/emeline.pdf> Acesso em: 10 Jun. 2014.. trabalhos2006

<sup>6</sup> ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Informática, telemática e direito penal**. São Paulo: Memória, 2004.

Internet, começou em 1969 como a ARPANET, criada pela ARPA, uma subdivisão do Departamento de Defesa dos Estados Unidos.<sup>7</sup>

A sua finalidade de criação foi para a guerra, pois os dados importantes do governo americano não estariam em um único lugar, mas em vários, o que evitaria a perda de informações importantes em caso de ataques.

Posteriormente, Pereira comenta que “a internet foi usada inicialmente pelas universidades, onde os estudantes poderiam trocar de forma ágil para a época, os resultados de seus estudos e pesquisas”.<sup>8</sup>

Anteriormente, todo esse sistema citado acima era conhecido como ARPANET, somente nos anos de 1980 que ele passou a ser denominado como internet. Assim, diante dessa transição, houve o surgimento dos *hackers*, usuários que utilizavam a internet para praticar crimes, como roubar informações sigilosas, invadir sistemas de empresas, como outras práticas.

No entanto, nos anos de 1960 os crimes informáticos tiveram seus primeiros indícios, porém a preocupação era menor com esse tipo de delito, pois não havia uma propagação do sistema informatizado pelo mundo.

A literatura científica internacional demonstra que o universo dos crimes informáticos teve seus os primeiros indícios no século XX mais precisamente em 1960 onde se deu as primeiras referências sobre essa modalidade de crimes nas mais diversas denominações, com maiores incidências em casos de manipulação e sabotagem de sistemas de computadores.<sup>9</sup>

Na década de 1970 os hackers foram considerados como um indivíduo que se dedica, com intensidade incomum, a conhecer e modificar os aspectos mais internos de dispositivos, programas e redes de computadores. Graças a esses conhecimentos, um *hacker* frequentemente consegue obter soluções e

<sup>7</sup> PEREIRA, Tatiane. **Crime virtual**. Univali, 2010. Disponível em <[http://siaibib01.univali.br/pdf/Tatiane %20Pereira-Crime%20virtual.pdf](http://siaibib01.univali.br/pdf/Tatiane%20Pereira-Crime%20virtual.pdf)>. Acesso em: 28 out. 2014

<sup>8</sup> CARNEIRO, Adenele Garcia. **Crimes virtuais**: elementos para uma reflexão sobre o problema tipificação. 2012. Disponível em: <[www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11529&revista\\_caderno=17](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11529&revista_caderno=17)>. Acesso em: 09 jun. 2014.

<sup>9</sup> CARNEIRO, Adenele Garcia. **Crimes virtuais**: elementos para uma reflexão sobre o problema tipificação. 2012. Disponível em: <[www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11529&revista\\_caderno=17](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11529&revista_caderno=17)>. Acesso em: 09 jun. 2014.

efeitos extraordinários, que extrapolam os limites do funcionamento "normal" dos sistemas como previstos pelos seus criadores; incluindo, por exemplo, contornar as barreiras que supostamente deveriam impedir o controle de certos sistemas e acesso a certos dados. Já eram mencionados quando se falava de crimes de invasão aos sistemas de software, porém foi nos anos 1980 que se propagou os diversos crimes cibernéticos, como "pirataria, pornografia Infantil, invasão de sistemas, propagação de vírus".<sup>10</sup>

Com isso, surgiu-se a necessidade de duas preocupações. A primeira com relação à segurança virtual dos usuários da internet, já a segunda era com a punição dos infratores que praticavam esse tipo de crime.<sup>11</sup>

No Brasil, os crimes virtuais tiveram maior preocupação a partir da década de 1980 até os dias atuais, criando leis que competem às questões de informática. No país, a preocupação maior acontece diante da propagação da internet e a popularização da tecnologia.

Em maio de 1995, o Ministério das Comunicações e o Ministério da Ciência e Tecnologia decidiram que para tornar efetiva a participação da sociedade nas decisões envolvendo a implantação, administração e uso da internet seria necessária a criação de um órgão gestor da internet. Assim, criou-se um Comitê Gestor da Internet (CGI.br), que contaria com a participação dos Ministérios acima citados, de entidades operadoras e gestoras de espinhas dorsais (Backbones), de representantes de provedores de acesso ou de informações, de representantes de usuários e da comunidade acadêmica.

Impende registrar que o Comitê Gestor da Internet no Brasil foi criado pela Portaria Interministerial nº 147, de 1995, e aperfeiçoada pelo Decreto

10 CARNEIRO, Adenele Garcia. **Crimes virtuais**: elementos para uma reflexão sobre o problema tipificação. 2012. Disponível em: <[www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11529&revista\\_caderno=17](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11529&revista_caderno=17)>. Acesso em: 09 jun. 2014.

11 CARNEIRO, Adenele Garcia. **Crimes virtuais**: elementos para uma reflexão sobre o problema tipificação. 2012. Disponível em: <[www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11529&revista\\_caderno=17](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11529&revista_caderno=17)>. Acesso em: 09 jun. 2014.

Presidencial nº 4.829, de 3 de setembro de 2003, com a tarefa de coordenar e integrar todas as iniciativas de serviços de internet no país.<sup>12</sup>

Hoje, pode-se afirmar que a internet:

É mais do que uma rede de computadores interconectados e autônomos, pois hoje não só computadores conectam-se à grande rede. Citem-se, *in casu*, os celulares de terceira geração (3G), com capacidade de conexão à internet via *wireless* (sem fio).<sup>13</sup>

Com o tempo, ela passou a ser parte da vida do ser humano, pois é uma ferramenta de pesquisa, diversão, trabalho e estudo, da mesma forma que passou a representar um ambiente de risco, principalmente para prática de infrações penais.

## 2.2 Cibercultura

A cibercultura trata do domínio da internet sobre o mundo, fazendo com que as pessoas façam, cada vez mais, parte desse universo. Para Levy:

A cibercultura consiste em reconhecer a importância de dois valores evidentes. Em primeiro lugar, cresce no ciberespaço uma corrente internacional de pessoas e de grupos ávidos de criatividade, em geral formados de jovens, que visam experimentar e consolidar coletivamente formas tecnológicas de comunicação, diferentes daquelas que as mídias clássicas vinham propondo ao mundo globalizado. Em segundo lugar, o mundo contemporâneo está vivendo a abertura de um novo espaço de comunicação virtual para a aquisição de uma cultura mais sólida e sofisticada; cabe apenas à humanidade, às sociedades civis e políticas, e, sobretudo aos governos estatais, explorar as potencialidades positivas, desalojando as negativas e criminosas do espaço privilegiado da informática com o objetivo de melhorar a qualidade da vida econômica, política, social, cultural e técnica dos seres humanos.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> BRASIL, **Decreto nº 4.829, de 3 de setembro de 2003**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2003/d4829.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4829.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2014.

<sup>13</sup> GODOI, Evandro da Silva. **Aspectos destacados da pedofilia em redes sociais na internet**. Santa Catarina: Unisul, 2008.

<sup>14</sup> LÉVY, Pierre. **Cibercultura** (trad. Carlos Irineu da Costa). São Paulo: Editora 34, 2001.



Atualmente a internet virou um meio de desenvolvimento do mercado de consumo e da exposição da vida pessoal. Cada vez mais são criados portais virtuais que propagam o comércio e a cultura.

Pereira afirma que “a atração pela Internet é tão grande que tudo está a evidenciar que haverá um crescimento vertiginoso da forma e do conteúdo da linguagem nos próximos anos.” Ou seja, os indivíduos cada vez mais têm aumentado o uso dessa ferramenta como uma maneira prática de realizar suas ações cotidianas.<sup>15</sup>

Para Levy “a cibercultura, conjunto de técnicas, de práticas, de condutas, de modos de pensamentos e de valores que alavancam o ritmo e o desenvolvimento das comunicações digitais e consolidam a virtualização cultural no ciberespaço”.<sup>16</sup>

O ciberespaço tornou-se um sistema de comunicação que surge por meio do desenvolvimento da ação da linguagem e da interconexão dos computadores e dos usuários, fazendo com que esses possam trocar informações e dados, independentemente da localização de cada um.

Na esfera dos sistemas do ciberespaço, a técnica de atualizar física e materialmente as informações virtuais em condutas reais tem por objetivo organizar/desorganizar o movimento contínuo das relações sociais; por consequência, é sempre possível que a tecnologia virtualizada desterritorialize relacionamentos ou atos jurídicos para que sejam atualizados no espaço da realidade física. Por exemplo, um título de propriedade de um objeto, ações de uma empresa, contratos de seguro se vendem e se transmite pela via virtual.<sup>17</sup>

Com isso, verificou o crescimento de espaços virtuais em que as pessoas trocam informações, ideias e partilham de gostos e culturas, são as chamadas redes sociais. Ambiente propício para prática de infrações onde o autor aproveita, muitas vezes, do anonimato para o cometimento de crimes.

<sup>15</sup> PEREIRA, Tatiane. **Crime virtual**. Univali, 2010. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Tatiane%20Pereira-Crime%20virtual.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2014.

<sup>16</sup> LÉVY, Pierre. **Cibercultura** (trad. Carlos Irineu da Costa). São Paulo: Editora 34, 2001.

<sup>17</sup> PEREIRA, Tatiane. **Crime virtual**. Univali, 2010. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Tatiane%20Pereira-Crime%20virtual.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2014.

A partir do final do século XX, a popularização do acesso à *Internet* fez com que o ciberespaço passasse a ser partilhado por um número crescente de pessoas, tendendo à sua universalização. Antes da criação da *Internet*, o relacionamento social em comunidades se dava em um território físico bem definido. Naquele momento, não se tinha ideia das modificações que ocorreriam na forma de se relacionar na sociedade humana.

A criação das redes sociais, softwares que permitem a gravação de perfis, com dados pessoais, que são utilizados para a interação pessoal e para o compartilhamento de arquivos textos, imagens, fotos, vídeos entre outros, abriu-se um espaço de interação social fora do território físico.

Hoje, mais do que preconizava Negroponte em relação às crianças, todo cidadão pode se libertar, pela *Internet*, do requisito de proximidade geográfica para desenvolver amizades, colaborações e se divertir. Mais recentemente, com a interatividade trazida pela Web 2.0, surgem as comunidades virtuais.<sup>18</sup>

As comunidades virtuais são formadas pelas redes sociais virtuais e hoje são comuns e populares em todo o mundo. É fácil encontrar pessoas usuárias dessas redes sociais que utilizam uma ou mais dessas redes, um recurso inclusive utilizado por empresas para divulgação de serviços, devido o grande número de usuários conectados.

### 3 DEFINIÇÃO DOS CRIMES DAS REDES SOCIAIS

Do mesmo modo que com disseminação dos computadores surgiu o espaço cibernético, também apareceram os crimes praticados na internet. Os infratores são criminosos especializados em internet. Esses crimes são caracterizados como “crimes virtuais, digitais, informáticos, telemáticos, de alta tecnologia, crimes por computador, fraude informática, delitos cibernéticos, crimes transnacionais, dentre outras nomenclaturas”.<sup>19</sup>

Assim, Ramalho Terceiro define tais crimes como:

<sup>18</sup> NEGROPONTE, Nicholas. **A vida digital**. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 218.

<sup>19</sup> PEREIRA, Tatiane. **Crime virtual**. Univali, 2010. Disponível em: <siaibib01.univali.br/pdf/Tatiane%20Pereira-Crime%20virtual.pdf>. Acesso em: 28 out. 2014.

[...] os crimes perpetrados neste ambiente se caracterizam pela ausência física do agente ativo, por isso, ficaram usualmente definidos como sendo crimes virtuais, ou seja, os delitos praticados por meio da internet são denominados de crimes virtuais, devido à ausência física de seus autores e seus asseclas.<sup>20</sup>

Para o autor, tratam-se de delitos praticados pelo ambiente virtual, que há a ausência de um agente ativo na prática. Além disso, o infrator não está fisicamente praticando o crime, mas de qualquer lugar.

Para Rossini:

[...] o conceito de “delito informático” poderia ser talhado como aquela conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática, em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança informática, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade a confidencialidade.<sup>21</sup>

O autor acima assevera, ainda, que crime virtual trata é qualquer delito que é praticado contra a pessoa por outra e que faça uso da internet, ofendendo a segurança da informática, assim como do usuário. Carli, por sua vez, determina que os crimes virtuais são aqueles:

Delitos praticados utilizando-se como meio a internet. Devido ao anonimato que a rede mundial de computadores proporciona aliado a falta de legislação pertinente ao assunto, tal modalidade de delito aumenta consideravelmente no mundo contemporâneo, de forma a obrigar a população e as autoridades a buscar mecanismos de prevenção contra os criminosos.<sup>22</sup>

Esses delitos abrangem diversos crimes, dentre eles os de contravenção penal. Ou seja, não estão instituídas somente as condutas que são praticadas no ambiente na internet, mas também aqueles que têm relação com sistemas informatizados.

<sup>20</sup> RAMALHO TERCEIRO, Cecílio da Fonseca Vieira. O problema na tipificação penal dos crimes virtuais. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3186>. Acesso em: 08 Jun. 2014

<sup>21</sup> ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Informática, telemática e direito penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

<sup>22</sup> CARLI, Daniel Michelon. **Crimes virtuais no Brasil: uma análise jurídica**. 2006. Disponível em: <www-usr.inf.ufsm.br/~dcarli/elc1020/artigo-elc1020.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2014.

Assim, abrangeriam, “inclusive, delitos em que o computador seria uma mera ferramenta, sem a imprescindível “conexão” à Rede Mundial de Computadores, ou a qualquer outro ambiente telemático”.<sup>23</sup>

Rossini (2004) explicita melhor essa explicação:

Ou seja, uma fraude em que o computador é usado como instrumento do crime, fora da internet, também seria alcançada pelo que se denominou “delitos informáticos”. Mais, para o autor, “delito informático” é gênero, do qual “delito telemático” é espécie, dada a peculiaridade de ocorrer no e a partir do inter-relacionamento entre os computadores em rede telemática usados na prática delitiva.<sup>24</sup>

Assim, o usuário não necessita estar conectado à internet para que o crime que cometer seja considerado como delito informático: como exemplo ECA que prevê no artigo 241-D que é suficiente estar em um computador e que essa seja a ferramenta para a prática do delito.

Para Feliciano, o crime virtual trata-se de um fenômeno recente considerado histórico-sócio-cultural e que é caracterizado por sua “incidência de ilícitos penais (delitos, crimes e contravenções) que têm por objeto material ou meio de execução o objeto tecnológico informático (hardware, software, redes, etc.)”.<sup>25</sup>

Ou seja, esse tipo de crime pode ser caracterizado como um ato lesivo que é cometido por meio do computador que pode e tenha a intenção de obtenção de vantagem peculiar.<sup>26</sup>

Os conceitos anglo-saxônicos limitam-se a denominar o direito de informática de computerlaw ou legal aspectsofcomputers e, no caso mais específico de crimes informáticos, computercrime, isso porque o uso da palavra “informática” lhes é praticamente desconhecido.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> PEREIRA, Tatiane. **Crime virtual**. Univali, 2010. Disponível em:< <http://siaibib01.univali.br/pdf/Tatiane%20Pereira-Crime%20virtual.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2014.

<sup>24</sup> ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Informática, telemática e direito penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

<sup>25</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. Informática e criminalidade: parte I: lineamentos e definições. **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 35-45, set. 2000.

<sup>26</sup> NIGRI, Deborah Fisch. Crimes e segurança na internet. **In Verbis**, Rio de Janeiro, Instituto dos Magistrados do Brasil, Ano 4, n. 20, p. 34-41, 2000.

<sup>27</sup> Idem.

Já a ONU define esse tipo de crime como qualquer “conduta ilegal não ética, ou não autorizada, que envolva processamento de dados e/ou transmissão de dados”.<sup>28</sup>

O crime virtual é qualquer ação típica, antijurídica e culpável cometida contra ou pela utilização de processamento automático de dados ou sua transmissão em que um computador conectado à rede mundial de computadores Internet, seja o instrumento ou o objeto do delito.

No Brasil os crimes cibernéticos vieram à tona somente no final da década de 90, quando foi descoberta uma invasão em vários sites ligados ao governo, como o site oficial do Supremo Tribunal Federal. Este fato aconteceu no dia 18 de junho de 1996. A partir deste evento a sociedade brasileira soube o que eram estes crimes cibernéticos e o governo passou a ter um problema imprevisto: a invasão por crimes virtuais. Dentre os principais se tem:

- Crimes contra a Pessoa (injúria, calúnia, difamação, discriminação, preconceito);
- Crimes contra ao Patrimônio Público ou Pessoal (furto, estelionato e *phishing*);
- Crimes contra a propriedade imaterial (pirataria e utilização indevida do nome ou pseudônimo de outra pessoa);
- Crimes contra os costumes (pedofilia, favorecimento a prostituição de menores);
- Crimes contra a Incolumidade Pública (tráfico de drogas e armas);
- Crimes contra a Paz Pública (incitação e apologia ao crime organizado e organização de facções criminosas).

O que se verifica atualmente é um crescimento assustador dos crimes virtuais. Assim é preciso que haja definições claras e precisas para a repressão e prevenção dos crimes virtuais é preciso que as punições e as leis também

<sup>28</sup> ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Informática, telemática e direito penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

acompanhem essa evolução, como meio de conter a propagação desse tipo de crime.

Nessa trilha é possível encontrar o estudo na neocriminalização como uma atualização do sistema penal para alcançar tipos penais específicos praticados no mundo virtual, como problemas novos, a criminalidade juvenil, o crime organizado, o denominado crime profissional ou do mundo dos negócios.

Carli tipifica o crime como “o ato de descrever o mesmo e sua relativa punição.” Já no caso dos crimes virtuais, diante do avanço tecnológico surgem delitos voltados ao meio virtual, como especificado anteriormente. No entanto, é preciso que haja um ato previamente tipificado.<sup>29</sup>

### 3.1 Classificação dos crimes virtuais

Ferreira sugere que os crimes virtuais sejam classificados da seguinte maneira:

Atos dirigidos contra um sistema de informática, tendo como subespécies atos contra o computador e atos contra os dados ou programas de computador. Atos cometidos por intermédio de um sistema de informática e dentro deles incluídos infrações contra o patrimônio; as infrações contra a liberdade individual e as infrações contra a propriedade imaterial.<sup>30</sup>

De forma mais didática dentre as muitas classificações doutrinárias utilizadas para definição dos crimes virtuais, a classificação adotada é a que acredita estar mais próxima da realidade dos fatos sendo divididas entre crimes virtuais próprios e impróprios.

Assim, os crimes podem ser classificados como Virtuais Próprios e Impróprios. Os crimes considerados próprios “são aqueles que o sujeito se utiliza necessariamente do computador o sistema informático do sujeito

<sup>29</sup> CARLI, Daniel Michelon. **Crimes virtuais no Brasil**: uma análise jurídica. 2006. Disponível em: <[www-usr.inf.ufsm.br/~dcarli/elc1020/artigo-elc1020.pdf](http://www-usr.inf.ufsm.br/~dcarli/elc1020/artigo-elc1020.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2014.

<sup>30</sup> FERREIRA, Ivete Senise. **Direito & Internet**: aspectos jurídicos relevantes. 2. ed. São Paulo: QuartierLatin, 2005.

passivo, no qual o computador como sistema tecnológico é usado como objeto e meio para execução do crime nessa categoria de crimes”.<sup>31</sup>

Assim, se caracteriza não somente pela invasão de dados:

Não autorizados mais toda a interferência em dados informatizados como, por exemplo, invasão de dados armazenados em computador seja no intuito de modificar, alterar, inserir dados falsos, ou seja, que atinjam diretamente o software ou hardware do computador e só podem ser concretizados pelo computador ou contra ele e seus periféricos.<sup>32</sup>

Para Viana, esse tipo de conduta é tratado como própria, pois: “são aqueles em que o bem jurídico protegido pela norma penal é a inviolabilidade das informações automatizadas (dados)”.<sup>33</sup>

Crime considerado impróprio é aquele em que o agente exerce violência ou grave ameaça à pessoa. Se a subtração é apenas tentada e o agente, na fuga, emprega violência, haverá concurso material de tentativa de furto e do crime praticado contra a pessoa (lesões corporais, homicídio). Para que haja roubo impróprio é preciso que a coisa já tenha sido subtraída, ou seja, que o furto tenha sido consumado. A consumação da subtração se dá e o agente concomitantemente com o apossamento da coisa alheia para si profere a agressão ou a grave ameaça, e, sendo, em momentos opostos, teremos concurso de crimes e não roubo impróprio.

Crimes virtuais ou cibernéticos são atos praticados ilicitamente com o intuito de furta, ofender, denegrir, prejudicar, abusar psicológica ou fisicamente outro indivíduo. Por meio da rede Mundial estes atos podem ser realizados contra uma pessoa ou contra bens materiais e imateriais, sendo que este último pode ser direcionado a bens governamentais, como bancos, ou pode ser realizado contra bens de um indivíduo, como o roubo.

<sup>31</sup> CARNEIRO, Adenele Garcia. **Crimes virtuais**: elementos para uma reflexão sobre o problema tipificação. 2012. Disponível em: <[www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11529&revista\\_caderno=17](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11529&revista_caderno=17)>. Acesso em: 9 Jun. 2014.

<sup>32</sup> CARNEIRO, Adenele Garcia. **Crimes virtuais**: elementos para uma reflexão sobre o problema tipificação. 2012. Disponível em: <[www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11529&revista\\_caderno=17](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11529&revista_caderno=17)>. Acesso em: 9 Jun. 2014.

<sup>33</sup> VIANNA, Túlio. **Fundamentos de direito penal informático**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

### 3.2 O sujeito praticante

O sujeito ativo do delito e sua comprovação é de extrema dificuldade em razão da sua ausência física, ocorre que frente à importância da identificação do autor do crime e a dificuldade desta identificação, surgiu à necessidade de se traçar um perfil denominando grupos que praticam determinados crimes virtuais, dentre essas denominações temos a figura do hacker. Carli conceitua hacker como: “trata-se de uma pessoa com grande conhecimento na área de informática”.<sup>34</sup>

Já para Plantullo, o *hacker* é visto como:

É uma pessoa física que detém, como objeto, a investigação da integridade e da segurança de um sistema qualquer de computador. Utilizasse de técnicas avançadas para invadir sistemas e detectar suas respectivas falhas. Todavia, não os destrói ou prejudica.<sup>35</sup>

De maneira técnica essas pessoas têm conhecimentos ímpares sobre informática e sistemas que se utilizam de seus conhecimentos não necessariamente para práticas ilícitas, a partir do momento que se vislumbra que hackers são pessoas com grande conhecimento é possível haver conhecimento técnico de forma positiva e negativa.

Os crackers, conforme Carli:

São pessoas que possuem um grande conhecimento de programação e de segurança em sistemas de computação. Tais pessoas utilizam esse conhecimento para tirar vantagens pessoais, como destruição de sistemas por mero vandalismo ou aplicação de condutas para diversos fins ilícitos, como o estelionato eletrônico.<sup>36</sup>

Os hackers e os crackers são, normalmente, muito parecidos em relação ao vasto conhecimento aprofundado em informática e a principal distinção é a finalidade que suas práticas resultam, sendo que os hackers realizam atividades positivas, não criminosas, enquanto a motivação dos crackers é criminosa em

<sup>34</sup> CARLI, Daniel Michelin. **Crimes virtuais no Brasil**: uma análise jurídica. 2006. Disponível em: <[www-usr.inf.ufsm.br/~dcarli/elc1020/artigo-elc1020.pdf](http://www-usr.inf.ufsm.br/~dcarli/elc1020/artigo-elc1020.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2014.

<sup>35</sup> PLANTULLO, V. L. **Estelionato eletrônico**. Curitiba: Juruá, 2003.

<sup>36</sup> CARLI, Daniel Michelin. **Crimes virtuais no Brasil**: uma análise jurídica. 2006. Disponível em: <[www-usr.inf.ufsm.br/~dcarli/elc1020/artigo-elc1020.pdf](http://www-usr.inf.ufsm.br/~dcarli/elc1020/artigo-elc1020.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2014.



sua essência agindo normalmente premeditadamente com objetivo criminoso de obter vantagens ilícitas.<sup>37</sup>

Basicamente, pode-se conceituar os hackers como aqueles que são o do bem, ou seja, aquela pessoa que utiliza a internet e seu conhecimento sobre essa ferramenta como meio de defender as outras pessoas, já os crackers são considerados do mal, pois fazem uso desse vasto conhecimento sobre a rede mundial de computadores para praticarem atos ilícitos.

Além dessas classificações de agentes causadores, de acordo com Carneiro também se encontram nesta categoria:

Dentre essas espécies temos ainda os chamados *lamers*, chamados de *wannabes* ou *script-kid* são *hackers* que atuam em pequenos feitos limitando seus conhecimentos e não representam tanto perigo sendo classificados como leigos frente às grandes posições de *hackers*, ainda nas espécies temos os *phreakers* que comentem crimes específicos voltados para a área de telecomunicações e os *defacers* que registram suas marcas ao invadirem páginas na internet e desfigurá-las.<sup>38</sup>

Diante da classificação desses perfis de criminosos temos uma idéia de quem eles são como agem e o que querem de uma forma genérica, mas a pergunta é como identificá-los antes de eles cometerem condutas ilícitas que os identifiquem já que quando falamos em sujeito ativo sabemos que realmente os dados obtidos para identificação do sujeito é o endereço da máquina que envia as informações, ou seja, o IP, seu *login* e senha portando com a possibilidade de camuflagem dos dados e a utilização de dados inverídicos dificilmente há uma rápida identificação do sujeito ativo na prática.

### 3.3 Sujeito passivo

<sup>37</sup> CARNEIRO, Adenele Garcia. **Crimes virtuais**: elementos para uma reflexão sobre o problema tipificação. 2012. Disponível em: <[www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11529&revista\\_caderno=17](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11529&revista_caderno=17)>. Acesso em: 9 jun. 2014.

<sup>38</sup> CARNEIRO, Adenele Garcia. **Crimes virtuais**: elementos para uma reflexão sobre o problema tipificação. 2012. Disponível em: <[www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11529&revista\\_caderno=17](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11529&revista_caderno=17)>. Acesso em: 9 jun. 2014.

Quando se trata de mencionar a respeito de crimes, inclusive os virtuais, sempre se tem um sujeito passivo, quem praticou o delito e quem recebeu as consequências momentâneas dessa prática.

No caso dos crimes virtuais, de forma generalizada, a única afirmação cabível é que será sempre uma pessoa física ou jurídica ou uma entidade titular seja pública ou privada titular do bem jurídico tutelado, sempre haverá o sujeito passivo, ou seja, alguém que está sendo lesado enfim o que sofre a ação.<sup>39</sup>

Assim, o sujeito passivo trata-se de:

Qualquer indivíduo normal, pessoa física, ou até mesmo uma pessoa jurídica, haja vista poder, por exemplo, ter seus bens desviados, seu patrimônio deteriorado ou mesmo ter informações violadas. Ambas são capazes de determinar a ação do agente criminoso.<sup>40</sup>

É aquele que sofre a ação, ou seja, o crime é praticado contra a sua pessoa, como invasão de conta bancária, injúrias, mentiras, entre outros.

Ocorre que atualmente a maioria dos crimes praticados ainda não são divulgados seja por conta da não disseminação dessas informações ou pela falta de denúncia, como, por exemplo: grandes empresas evitam a divulgação sobre possíveis ataques virtuais ou mesmo invasões para não demonstrarem fragilidade quanto à segurança, e quanto às pessoas físicas vemos que por falta da devida punibilidade aos infratores e a falta de mecanismos de denuncia apesar de já existirem as vítimas acabam não denunciando o que facilita a propagação desses crimes.

Crimes comuns ao sujeito passivo:

São os de clonagem de perfil de site de relacionamentos, onde a vítima possui a sua intimidade invadida. Mas a ação destes agentes não para com a simples clonagem, muitos vão além deste delito, ou seja, utilizam os dados da vítima

<sup>39</sup> CARNEIRO, Adenele Garcia. **Crimes virtuais**: elementos para uma reflexão sobre o problema tipificação. 2012. Disponível em: <[www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11529&revista\\_caderno=17](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11529&revista_caderno=17)>. Acesso em: 9 jun. 2014.

<sup>40</sup> CARNEIRO, Adenele Garcia. **Crimes virtuais**: elementos para uma reflexão sobre o problema tipificação. 2012. Disponível em: <[www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11529&revista\\_caderno=17](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11529&revista_caderno=17)>. Acesso em: 9 jun. 2014

para utilizar o sistema operacional de um Banco ou outra Instituição Financeira para desviar valores, mesmo sem subtrair fisicamente uma coisa móvel para si, houve no caso, como resultado final, uma alteração ilícita do *domínus* daqueles valores em favor do *subtraens*, o que constitui uma violação atentatória contra a propriedade do *domínus*. Portanto, como via de consequência, o objeto a ser tutelado é o direito à propriedade.<sup>41</sup>

Esses são alguns dos crimes caracterizados no mundo virtual, no entanto, no decorrer do estudo serão especificados mais profundamente sobre o assunto, tema desse trabalho.

## 4 CONCLUSÃO

Assim, após a realização do presente artigo foi possível observamos que o trabalho foi desenvolvido sob as seguintes perspectivas, no primeiro capítulo, o conceito de internet, sua criação, o domínio da rede de computadores no mundo, o desenvolvimento e a expansão do mundo virtual.

Neste mundo contemporâneo, globalizado, interligado, pós-moderno e informatizado, surgiu uma nova forma de crime, que convencionamos chamar de virtual, por se desenvolver no ambiente virtual, o ciberespaço.

No segundo capítulo, a preocupação foi a questão da definição dos crimes virtuais, a classificação que pode ser considerada própria ou imprópria, quem seria o sujeito praticante e o ativo no mundo virtual, os hackers e os crackers.

A legislação Brasileira, basicamente o Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, podemos dizer a precursora ou pioneira, que superficialmente faz referência a crimes virtuais, tem sido usado de forma supletiva, embora venha sendo aplicada aos crimes praticados no ambiente virtual, como por exemplo, a pirataria de software, envio de e-mails para obter informações confidenciais, pedofilia, crime industrial e intelectual, crimes contra a honra, dentre outros.

<sup>41</sup> PINHEIRO, Emeline Piva. **Crimes virtuais:** uma análise da criminalidade informática e da resposta estatal. 2006. Disponível em: <[www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006\\_1/emeline.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_1/emeline.pdf)> Acesso em: 10 jun. 2014.

Conclui-se, assim, que há necessidade de uma legislação específica dos crimes cibernéticos, pois as normas penais existentes no Brasil não são suficientes para punir as condutas danosas que ocorrem na internet, acrescendo circunstâncias agravantes ou aumento de penas aos crimes que utilizam o meio informático, assim como melhorar e manter sempre atualizada as políticas de incentivo e proteção do Estado, sendo que a adoção de tais medidas facilitará o combate aos crimes cibernéticos.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

Acesso em: 16 jun. 2014.

BRASIL. **Decreto n. 4.829, de 3 de setembro de 2003**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2003/d4829.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4829.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2014.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix; Amaná Key, 1996.

CARLI, Daniel Michelin. **Crimes virtuais no Brasil**: uma análise jurídica. 2006.

Disponível em: <<http://www-usr.inf.ufsm.br/~dcarli/elc1020/artigo-elc1020.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

CARNEIRO, Adenele Garcia. **Crimes virtuais**: elementos para uma reflexão sobre o problema tipificação. 2012. Disponível em: <[www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11529&revista\\_caderno=17](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11529&revista_caderno=17)>. Acesso em: 09 jun. 2014.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação**: economia, sociedade e cultura: a sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Rogério da. **Por um novo conceito de comunidade**: redes sociais, comunidades pessoais, inteligência coletiva. Ago. 2005. Disponível em: <[www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-32832005000200003&lang=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832005000200003&lang=pt)>. Acesso em: 5 maio 2014.

Ex-namorado publicou vídeo de assessora parlamentar na Net. **Jornal de notícias**. 2012. Disponível em: <[www.jn.pt/PaginaInicial/Gente/Interior.aspx?content\\_id=2681701](http://www.jn.pt/PaginaInicial/Gente/Interior.aspx?content_id=2681701)>. Acesso em: 8 maio 2015.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Informática e criminalidade: parte I: lineamentos e definições. **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 35-45, set. 2000.

FERREIRA, Ivette Senise. **Direito e internet**: aspectos jurídicos relevantes. 2. ed. São Paulo: QuartierLatin, 2005.

FREIRE, Paulo. **Extensão ou comunicação**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

GATTO, Victor Henrique Gouveia. **Tipicidade penal dos crimes cometidos na internet**. 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9962&revista\\_caderno=17](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9962&revista_caderno=17)>. Acesso em: 10 Jun. 2014.

GODOI, Evandro da Silva. **Aspectos destacados da pedofilia em redes sociais na internet**. Santa Catarina: Unisul, 2008.

HAMAM, Renan. **O que fazer se as suas fotos e vídeos íntimos forem divulgados na internet?** Disponível em: <[www.tecmundo.com.br/privacidade/60231-fazer-fotos-videos-intimos-forem-divulgados-internet.htm](http://www.tecmundo.com.br/privacidade/60231-fazer-fotos-videos-intimos-forem-divulgados-internet.htm)>. Acesso em: 10 maio 2015.

JUNGBLUT, Airton Luiz. A heterogenia do mundo on-line: algumas reflexões sobre virtualização, comunicação mediada por computador e ciberespaço. **Horiz. antropol.**, jun. 2004.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 2001.

LIMA, Gisele Truzzi. **Cyberbullying, cyberstalking e redes sociais**: os reflexos da perseguição digital. Disponível em: <<http://www.truzzi.com.br/pdf/artigo-cyberbullying-cyberstalking-redes-sociais.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2014.

NEGROPONTE, Nicholas. **A vida digital**. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

NIGRI, Deborah Fisch. Crimes e segurança na internet. **In Verbis**, Rio de Janeiro, Instituto dos Magistrados do Brasil, Ano 4, n. 20, p. 34-41, 2000.

PECK, P. **A internet não é uma terra sem lei**. Isto É. 2006. Disponível em <[https://istoe.com.br/5032\\_ainternetnaoeumaterrasemlei/](https://istoe.com.br/5032_ainternetnaoeumaterrasemlei/)>. Acesso em: 28 out. 2014.

PEREIRA, Tatiane. **Crime virtual**. 2010. Disponível em <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Tatiane%20Pereira-Crime%20virtual.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2014.

PINHEIRO, Emeline Piva. **Crimes virtuais**: uma análise da criminalidade informática e da resposta estatal. 2006. Disponível em: [http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006\\_1/emeline.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_1/emeline.pdf). Acesso em: 10 Jun. 2014.

PLANTULLO, V. L. **Estelionato eletrônico**. Curitiba: Juruá, 2003.

RAMALHO TERCEIRO, Cecílio da Fonseca Vieira. O problema na tipificação penal dos crimes virtuais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3186>>. Acesso em: 8 jun. 2014.

RHEINGOLD, Howard. **A comunidade virtual**. Lisboa: Gradiva, 1996.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Informática, telemática e direito penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

RÜDIGER, Francisco Ricardo. **Introdução às teorias da Cibercultura**: perspectiva do pensamento tecnológico contemporâneo. Porto Alegre: Sulina, 2007.

SANT AELLA, Lucia. **Navegar no ciberespaço**: o perfil cognitivo do leitor imersivo. São Paulo: Paulus, 2004.

VARGAS, Aline do Vale. **Da tipificação dos crimes virtuais**. 2013. Disponível em: <<https://www.scribd.com/document/345936328/Da-Tipificacao-dos-Crimes-Virtuais-Aline-Vargas-e-Camila-Ricci-pdf+%&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 8 jun. 2014

ZANIOLO, Pedro Augusto. **Crimes modernos**: o impacto da tecnologia no direito. Curitiba: Juruá, 2007.

# O CUMPRIMENTO ANTECIPADO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E O NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Cheila Maria Pereira Nascimento<sup>1</sup>

## RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar a recente decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, que por maioria de votos, negou o pedido de Habeas Corpus Nº 126292, em 17/02/2016, que pretendia afastar mandado de prisão expedido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP), contrariando entendimento anterior da própria Corte. Tal decisão coloca em questão a violação da garantia constitucional que prevê “que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou princípio da “presunção de inocência”. Para essa análise será necessário compreender a evolução da jurisdição constitucional, o papel do Supremo Tribunal Federal como ator principal do fenômeno do ativismo judicial e a determinação da culpabilidade como fator preponderante para o início do cumprimento da pena.

**Palavras-chave:** Culpabilidade. Jurisdição Constitucional. Supremo Tribunal Federal(STF).

## ABSTRACT

This article aims to analyze the recent decision by the Federal Supreme Court (STF), which, by majority vote, denied the application for Habeas Corpus No. 126292, on 02/17/2016, intended to depart issued arrest warrant by the São Paulo Court of Justice (TJ / SP), contrary to previous understanding of the Court itself. This decision calls into question the violation of the constitutional guarantee which provides "that no one shall be considered guilty until the final and unappealable penal sentence," or principle of "presumption of innocence". This analysis will be necessary to understand the evolution of constitutional jurisdiction, the role of the Supreme Court as the principal actor of the judicial activism phenomenon and the determination of guilt as a major factor for the start of the sentence.

**Keywords:** Culpability. Constitutional jurisdiction. Federal Court of Justice.

---

<sup>1</sup> Advogada, aluna do Curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Empresarial e Contratos, no Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende discutir a decisão recente do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento do Habeas Corpus Nº 126292, de 17/02/2016, negou, por maioria dos votos do Plenário, o pedido formulado pela defesa do réu, que tinha por objetivo afastar o mandado de prisão expedido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP), autorizando assim, o cumprimento antecipado da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Esse posicionamento, mostrou-se contrário ao entendimento anterior desta mesma Corte, que em 2009, quando do julgamento do Habeas Corpus Nº 84078, entendia não ser possível a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, quando não há mais a possibilidade de interposição de recursos.

Essa decisão se encontra no centro de uma discussão no meio jurídico, ao qual se apresentam questões como o desrespeito à garantia constitucional da “presunção de inocência”, constante do texto constitucional, artigo 5º, inciso LVII, que preconiza que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, a segurança jurídica, outro preceito constitucional, e o papel do Supremo Tribunal Federal como ator principal do fenômeno conhecido como “ativismo judicial”.

Neste estudo serão analisados o instituto da culpabilidade penal, os recursos cabíveis como meio de defesa processual, a jurisdição constitucional como parâmetro das decisões judiciais, o fenômeno do ativismo judicial e os fundamentos das decisões do Supremo Tribunal Federal em ambos os pedidos de Habeas Corpus.

## 2 CULPABILIDADE NA ESFERA CRIMINAL

Uma breve análise da culpabilidade como elemento constitutivo do crime é bem-vinda, em se tratando a temática desse estudo do cumprimento de pena como medida punitiva do Estado imposta coercitivamente ao autor de um fato



tipificado como crime. Para se compreender o conceito de culpabilidade na esfera criminal, torna-se necessário revisitar o conceito de crime e seus elementos constitutivos.

A Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-lei n. 3.914/41) faz a seguinte definição “Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”. Esse conceito vago tem por objetivo apenas distinguir o crime de contravenção penal, para que se possa definir a pena de prisão de cada um dos tipos penais<sup>2</sup>.

O conceito de crime, essencialmente jurídico, por seu caráter dogmático, não foi contemplado no atual Código Penal (Decreto-lei n. 2.848/40), como o foi nos códigos anteriores de 1830 (art. 2º, § 1º) e 1890 (art. 7º), que trouxeram definições que se revelaram incompletas e defeituosas, por serem puramente formais. Dessa forma, essa prática foi abandonada, ficando à cargo da doutrina a tarefa de construir o conceito de crime<sup>3</sup>.

A definição de crime pode ser observada sob três aspectos: formal, quando se observa o aspecto externo, nominal, do fato; material ou substancial, quando se analisa o conteúdo do fato punível; e analítico, também formal, quando se examina as características ou elementos do crime.

Quanto ao aspecto formal, crime pode ser definido como “qualquer ação legalmente punível”, como “toda ação ou omissão proibida por lei sob ameaça de pena”, ou ainda como “conduta (ação ou omissão) contrária ao Direito, a que a lei atribui uma pena”<sup>4</sup>. Todos esses conceitos observam apenas o aspecto externo, ou seja, a contradição do fato a uma norma do direito, sem penetrar em suas particularidades.

<sup>2</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2008, p.211.

<sup>3</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2014, p.79.

<sup>4</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: parte especial. São Paulo: Atlas, 2014, p.80.

O aspecto material do crime observa mais profundamente, entre outros aspectos, os elementos que justificam a escolha do legislador em tipificar determinadas condutas, e não outras, como crime. Nesse contexto se analisam quais bens se pretende proteger com a lei penal, tomando-se por base que é dever de qualquer Estado viabilizar o bem coletivo, a paz social, a manutenção da segurança e da ordem, e a estabilidade coletivas diante de possíveis conflitos de interesses individuais ou coletivos. Dessa forma, torna-se necessário valorar esses bens jurídicos a serem protegidos com o estabelecimento e aplicação de sanções penais ao indivíduo que venha a transgredi-las. Diante dessa análise pode-se definir crime como sendo a “ação ou omissão que, a juízo do legislador, contrasta violentamente com valores ou interesses do corpo social, de modo a exigir seja proibida sob ameaça de pena” ou ainda como “qualquer fato do homem, lesivo de um interesse, que possa comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade”<sup>5</sup>.

O aspecto analítico, também formal, analisa os elementos que compõem o crime, como a *tipicidade*, a *antijuridicidade* e a *culpabilidade*. Da análise desses elementos surge o conceito de culpabilidade como “a reprovação de uma conduta praticada pelo autor que tenha tido a possibilidade exigível de atuar de outra maneira”<sup>6</sup>. O “injusto penal”, também entendido como a conduta típica e antijurídica, não configura um delito em si, para tanto é necessário a existência da *reprovabilidade* ao autor dessa conduta.

No âmbito do Direito Penal, o conceito de culpabilidade possui ainda um triplo sentido: a culpabilidade como *fundamento* da pena, quando esta se presta a determinar ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, ou seja, proibido pela lei penal. Neste particular torna-se necessário citar, mesmo que não se faça uma análise pormenorizada, os requisitos da culpabilidade, que são: a *capacidade de culpabilidade*, a *consciência da ilicitude* e a *exigibilidade da conduta*, por constituírem estes os

<sup>5</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: parte especial. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 80.

<sup>6</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.353.

elementos positivos específicos da dogmática de culpabilidade<sup>7</sup>. Na ausência de qualquer desses elementos torna-se impossível a aplicação da sanção penal.

A culpabilidade possui ainda o sentido de *limite* da pena, não permitindo que esta seja imposta além da medida prevista pela própria concepção de culpabilidade, aliada a outros elementos, como a importância do bem jurídico tutelado, os fins preventivos e outros. Além dos sentidos citados, a culpabilidade passa pela concepção de conceito contrário a responsabilidade penal objetiva, ou seja, determina a responsabilidade individual e subjetiva do autor do delito. Esse último, revela a base do *princípio da culpabilidade*, que assegura que ninguém deva responder por um resultado absolutamente imprevisível, se não houver agido com dolo ou culpa para a obtenção desse resultado<sup>8</sup>.

Importa destacar, para esse estudo, a culpabilidade como *fundamento* da pena, por resultar da determinação dessa culpabilidade, a possibilidade da aplicação da lei penal. Através do devido processo legal, garantia constitucional<sup>9</sup>, é que serão apurados, resguardando-se o direito ao contraditório e a ampla defesa<sup>10</sup>, fatos e autoria de um delito, para a posterior imputação da pena ao autor conforme a lei penal vigente.

### 3 RECURSOS NO PROCESSO PENAL

Os recursos são mecanismos de defesa processual admitidos em todos os processos e instâncias judiciais. São admitidos nos processos civis, penais, trabalhistas, administrativos, etc. Isso se justifica pela importância atribuída ao exercício do direito constitucional ao contraditório e a ampla defesa, previstos como forma de salvaguardar o cidadão do cometimento de ilegalidades e injustiças que possam ser praticadas em um processo judicial.

<sup>7</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.330.

<sup>8</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.331.

<sup>9</sup> Art. 5º, inciso LIV – “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

<sup>10</sup> Art. 5º, inciso LV – “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, a aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O termo *recurso* deriva do latim *recursos* e traduz a ideia de voltar atrás, retroceder, daí o emprego dessa palavra específica para se nominar o meio pelo qual se pede o reexame de uma questão ou causa decidida<sup>11</sup>. O termo “*recurso*” possui ainda o sentido de “meio de impugnação das decisões”, a ser utilizado por quem tiver interesse em ver reformada ou modificada uma decisão. Como características do recurso destacam-se o fato de este ser um ato da parte ou das partes interessadas, entendendo-se como partes interessadas o Ministério Público e o terceiro prejudicado; de se dirigirem contra ato do juiz; pretender um novo ato judicial ou alcançar uma situação processual mais favorável<sup>12</sup>.

Importa ainda destacar a ligação ordinária do recurso ao *duplo grau de jurisdição*. Essa garantia constitucional, permite que uma decisão proferida por um juízo inferior, possa ser reexaminada por outro juízo superior. Há ainda a possibilidade desse reexame ser realizado pelo próprio juiz sentenciante, sendo desnecessária a intervenção de outro órgão jurisdicional. Esse posicionamento é pactuado tanto pela doutrina quanto pelo ordenamento jurídico nacional, que não obsta que o recurso seja dirigido ao mesmo juiz que prolatou a decisão recorrida, como é o caso dos embargos de declaração.

A regra contida no texto constitucional não deixa margens a dúvidas quanto ao direito que é assegurado a toda pessoa submetida a processo penal, de obter nova decisão sobre a matéria de seu interesse. O recurso pode pretender a reforma do todo ou de parte da decisão, pode ainda, pretender a declaração de nulidade do processo ou da decisão proferida. Embora de suma importância, a garantia do duplo grau de jurisdição não é a única medida eficaz quando se trata de controle de legalidade e de Justiça das decisões judiciais penais. A importância do direito de defesa na busca da demonstração de inocência do acusado, ultrapassa até mesmo os limites temporais, sendo admitido, mesmo após o trânsito em julgado da ação penal, o ajuizamento da

<sup>11</sup> ALVIM, José Eduardo Carrera. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 251.

<sup>12</sup> ALVIM, José Eduardo Carrera. **Teoria geral do processo**, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 251.

ação de revisão criminal e o pedido de *habeas corpus*, se tratando estas de ações autônomas de impugnação<sup>13</sup>.

Não se esgotando o tema do duplo grau, é importante salientar a importância do reexame da decisão por órgão jurisdicional superior. Dessa forma, permite-se que a matéria, de fato e de direito, seja examinada por um órgão colegiado, passando a decisão pela análise de um maior número de juízes, que em regra, no caso dos membros dos tribunais, possuem maior experiência judicante<sup>14</sup>.

Ainda em relação ao duplo grau, é importante distinguir que a justificação dos recursos extraordinários não possuem a natureza do duplo grau. Quando os recursos alcançam a jurisdição do Supremo Tribunal Federal e a do Superior Tribunal de Justiça, esses tribunais cumprem outra missão, qual seja a de tutelar, pela via difusa, a unidade da Constituição e a legislação infraconstitucional<sup>15</sup>.

Os recursos admitidos no Processo Penal são: recurso em sentido estrito, apelação, embargos de declaração, embargos infringentes e de nulidade, carta testemunhável, agravo em execução (Lei n. 7.210/84), agravo regimental, recurso especial e recurso extraordinário. O *habeas corpus* e o mandado de segurança (na esfera criminal) são admitidos como substitutos recursais, sempre que a lei não preveja recurso da decisão ou mesmo em caso de vedação de recurso<sup>16</sup>.

Outra questão importante a ser examinada sobre a teoria dos recursos são seus efeitos. Após a publicação de uma decisão judicial, abre-se um prazo, um tempo determinado, destinado a impugnação dos interessados. As decisões judiciais não nascem produzindo todos os seus efeitos, elas ficam condicionadas, desde o início, a esse prazo concedido à interposição de

<sup>13</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013, p.886-887.

<sup>14</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013, p.886.

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013, p.887.

<sup>16</sup> ALVIM, J.E. Carreira. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.264-265.

recursos, que, em não existindo, liberam essa decisão, que passa à sua eficácia plena.

O efeito mais comum, e talvez o mais importante, é o efeito *suspensivo*. Impugnada a decisão, a matéria decidida não poderá produzir qualquer efeito, antes de ser apreciada por órgão revisor. Essa suspensão de efeitos ocorre desde a abertura do prazo para impugnação, se prolongando após esta e até a decisão final. Em relação ao processo penal, principalmente quando se trata de ação penal condenatória, esse efeito torna-se ainda mais importante por influir diretamente da possibilidade, ou não, de se poder efetuar a prisão do réu<sup>17</sup>.

Diferentemente do Processo Civil, que trata preferencialmente o conflito de interesses entre as partes de um processo, o Processo Penal não se baseia na discussão de direitos subjetivos, que devam ser satisfeitos com a renúncia a direitos ou imposta por meio uma obrigação a outra parte. Não há, no Processo Penal, a imposição de uma pena pública como meio de afirmação de um direito subjetivo, que deva ser satisfeito à custa do dever alheio<sup>18</sup>. A pena imposta coercitivamente ao acusado, tem por fundamento a sua responsabilização pessoal pela prática de um ato definido como crime.

Em síntese, é imprescindível compreender os recursos e o seu alcance como meios de defesa legalmente constituídos e garantidos pelo ordenamento jurídico aos acusados em um processo judicial. Na esfera criminal esse conceito se agiganta, diante da possibilidade da supressão da liberdade, um dos bens mais caros a qualquer pessoa.

#### 4 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A jurisdição constitucional ou garantia jurisdicional da Constituição é um meio pelo qual se realiza não só a constituição do direito, como também se garante a aplicação do direito posto<sup>19</sup>. Para Hans Kelsen:

---

<sup>17</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013, p.897.

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 97.

<sup>19</sup> NASCIMENTO, Cheila. Soberania parlamentar e os limites da jurisdição constitucional. p. 159 – 182. In. ROCHA, Lilian Rose Lemos; CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos (Coords.).

A jurisdição constitucional é um elemento de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais. Essas funções também têm caráter jurídico: elas consistem em atos jurídicos. São atos de criação de direito, isto é, de normas jurídicas, ou atos de execução de direito criado, isto é, de normas jurídicas já estabelecidas.<sup>20</sup>

Para Kelsen “[...] o direito regula a sua própria criação e o Estado se cria e recria sem cessar com o direito”<sup>21</sup>. Por essa visão, não existe uma oposição, mas sim uma relação hierarquizada entre a criação e a execução das leis, que seriam etapas distintas e harmônicas da criação do direito. Essa criação teria início na esfera internacional, continuaria na Constituição, não se limitaria à legislação, percorrendo etapas até chegar a sua execução efetiva<sup>22</sup>.

A Constituição é o nascedouro de todas as normas internas e por regular de forma essencial as etapas do processo de elaboração das leis, estas seriam, em respeito a própria Constituição, a execução do próprio direito. Também as normas infraconstitucionais seguem o mesmo raciocínio. Ao olharem para cima serão a execução da lei e ao olharem para baixo representarão a criação do direito<sup>23</sup>.

Conclui-se, portanto, que o poder de criação do legislador está subordinado apenas à Constituição, ao passo que as demais normas criadas se submetem ao poder de seu antecessor, aumentando o grau de execução e diminuindo seu grau de criação. Esta é, certamente, a representação da teoria da pirâmide normativa formulada por Hans Kelsen<sup>24</sup>.

---

**Caderno de Pós-Graduação em direito:** questões atuais do direito constitucional. Brasília: Uniceub: ICPD, 2016.

<sup>20</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.123-124.

<sup>21</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 124.

<sup>22</sup> NASCIMENTO, Cheila. Soberania parlamentar e os limites da jurisdição constitucional. p. 159 – 182. In. ROCHA, Lilian Rose Lemos; CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos (Coords.). **Caderno de Pós-Graduação em direito:** questões atuais do direito constitucional. Brasília: Uniceub: ICPD, 2016..

<sup>23</sup> NASCIMENTO, Cheila. Soberania parlamentar e os limites da jurisdição constitucional. p. 159 – 182. In. ROCHA, Lilian Rose Lemos; CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos (Coords.). **Caderno de Pós-Graduação em direito:** questões atuais do direito constitucional. Brasília: Uniceub: ICPD, 2016.

<sup>24</sup> NASCIMENTO, Cheila. Soberania parlamentar e os limites da jurisdição constitucional. p. 159 – 182. In. ROCHA, Lilian Rose Lemos; CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos (Coords.). **Caderno de Pós-Graduação em direito:** questões atuais do direito constitucional. Brasília: Uniceub: ICPD, 2016.

A noção de Constituição, embora tenha passado por diversas transformações de sentido, sempre representou “a ideia de um princípio supremo determinando a ordem estatal e a essência da comunidade constituída por essa ordem”<sup>25</sup>. Luís Roberto Barroso acrescenta que “uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica”<sup>26</sup>.

Apesar da força normativa, a Constituição não representa somente a base jurídica sobre a qual se realiza a legislação interna de um Estado. Ela é ao mesmo tempo reguladora e inspiradora da criação das leis. A Constituição estabelece princípios, diretrizes e limites para o conteúdo das leis vindouras. Acima de tudo, a Constituição é um importante instrumento garantidor do respeito aos princípios nela contidos.

A jurisdição constitucional, como forma de garantia, prescinde de instrumentos para sua efetiva concretização. Esses instrumentos possibilitam tanto uma intervenção preventiva, que pode ocorrer ainda na fase de elaboração da norma, quanto repressiva, no momento da aplicação da norma ao caso concreto.

Para Barroso “a jurisdição constitucional, em sentido amplo, envolve a interpretação da Constituição, tendo como uma das suas principais expressões o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos”<sup>27</sup>.

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe desde a promulgação da Constituição Republicana de 1891. Neste período, a ação própria para esse fim era denominada “ação genérica” (atual ação direta), e foi introduzida no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional n. 16 de 1965. A Constituição de 1988 avançou ampliando o direito de propositura, que antes era reservado apenas ao Procurador Geral da República, para os legitimados do artigo 103 da

<sup>25</sup> Kelsen, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.130.

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio. **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.234.

<sup>27</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio. **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 235.



Constituição Federal, e criou novos mecanismos de controle de constitucionalidade, como a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), e regulamentou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)<sup>28</sup>.

Importa citar outros instrumentos importantes cumprem o papel de controle de constitucionalidade, estes destinados a proteção das liberdades públicas, como o mandado de segurança, individual e coletivo, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, ação popular e ação civil pública.

#### 4.1 Ativismo Judicial e o papel do Supremo Tribunal Federal

O fenômeno do “ativismo judicial”, termo largamente utilizado para caracterizar a atuação positiva do Poder Judiciário em questões afetas originalmente a outros Poderes, vem suscitando cada vez mais discussões acerca da legitimidade e dos limites dessa prática.

Historicamente, ao Poder Judiciário restava a função apenas de “pronunciar as palavras da lei” – de acordo com a teoria da separação de poderes de Montesquieu – o que não ocorre na atualidade. Rompendo-se um longo processo de subordinação, o Judiciário passou a ocupar um papel relevante junto aos demais Poderes da República.

O renascimento do Poder Judiciário é assim descrito na acepção de Luís Roberto Barroso:

Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio. **Constituição e crise política**. Belo Horizonte:, Del Rey, 2006, p. 218.

suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes<sup>29</sup>.

Vários fatores foram decisivos para o aumento da demanda por justiça no Brasil. O renascimento do Poder Judiciário, a Jurisdição Constitucional, como garantia do cumprimento dos preceitos constitucionais e a “constitucionalização do direito”, que é a irradiação dos preceitos constitucionais por todos os ramos do direito.

A sociedade despertou para o exercício de uma cidadania adormecida, e esta mesma sociedade passa a depositar sua esperança de realização de justiça nessa norma Maior, eminentemente garantidora, que é a Constituição. É através do acesso ao Poder Judiciário que se realiza esse encontro das garantias com a sociedade.

Todas essas considerações são necessárias para se abordar o tema do ativismo judicial, especialmente em relação Supremo Tribunal Federal, que tem sido instado a se pronunciar sobre questões de toda ordem, em todas as áreas do direito.

As competências do Supremo Tribunal Federal se encontram definidas nos dos artigos 102 e 103 da Constituição Federal. Doutrinariamente essas competências podem ser divididas em dois grupos: competência originária e recursal. O Supremo pode ser acionado diretamente, através de ações que lhe cabe processar e julgar originalmente, ou pode-se chegar ao STF através de recursos (ordinários ou extraordinários), sendo estes analisados em última instância pelo Tribunal<sup>30</sup>.

A função precípua do Supremo Tribunal Federal é de Corte de Constitucionalidade, com a finalidade de realizar o controle concentrado de constitucionalidade no direito brasileiro. Cabe exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal o processamento e julgamento das ações diretas de constitucionalidade, genéricas ou interventivas, as ações de

<sup>29</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio. **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 234.

<sup>30</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007, p.534-535.

inconstitucionalidade por omissão e as ações declaratórias de constitucionalidade, com o objetivo de garantir a prevalência das normas constitucionais no ordenamento jurídico<sup>31</sup>.

Importante ressaltar ainda, o artigo 102, inciso II da Constituição Federal, que trata da competência do STF para julgar, em recurso ordinário “o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão”. O *habeas corpus*, como já mencionado anteriormente, é um mecanismo autônomo de defesa, mas em se tratando de decisão denegatória proferida por Tribunal Superior em única instância, caberá ao STF seu julgamento como recurso ordinário a essa decisão.

O fato é que o Supremo Tribunal Federal, principalmente após o advento da Constituição de 1988, tem sido conclamado a dirimir conflitos de interpretação em temas caros à sociedade. Temas como a interrupção da vida pelo aborto, a descriminalização da maconha, a união de pessoas do mesmo sexo, filiação, enfim, toda sorte de questões chegam a corte constitucional com o objetivo de serem discutidas à luz da interpretação constitucional, dos princípios e valores contidos na Carta Maior.<sup>32</sup>

Essa nova ordem, suscita uma nova discussão acerca da legitimidade do Poder Judiciário e os seus limites diante da democracia. A questão em destaque, nesse particular, seria a ingerência do judiciário em questão afetas a outros poderes, seria, acima de tudo, uma invasão sistêmica de competência, desrespeitando-se a separação de poderes, fundamento constitucional. O Ativismo judicial, especialmente aquele realizado pelo STF, é visto de forma positiva quando atua como alternativa à falta de legitimidade dos demais poderes, mediando conflitos entre estes e garantindo a ordem institucional, mas igualmente suscita críticas de invasão de competência ao inovar em

<sup>31</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007, p.535.

<sup>32</sup> NASCIMENTO, Cheila. Soberania parlamentar e os limites da jurisdição constitucional. p. 159 – 182. In. ROCHA, Lilian Rose Lemos; CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos(Coords.). **Caderno de Pós-Graduação em direito: questões atuais do direito constitucional**. Brasília: Uniceub: ICPD, 2016.

matéria legislativa, fora de sua competência originária, como preceitua a Constituição Federal, e na contramão do preceito fundamental da separação de poderes.

## 5 ANÁLISE DO CASO CONCRETO

Toda essa construção objetiva esclarecer alguns pontos importantes para a compreensão dos dois julgados, objetos de discussão.

O *Habeas Corpus* 84.078, julgado pelo Tribunal Pleno do STF em 05/02/2009, firmou entendimento, contrário ao entendimento anterior, inadmitindo a possibilidade do cumprimento de pena antecipado, ante a possibilidade da interposição dos Recursos Extraordinário ou Especial pela defesa do réu condenado por tribunal de segunda instância. O julgamento do *Habeas Corpus* 126262, julgado pelo mesmo Tribunal Pleno do STF, em 17/02/2016, por sua vez, voltou a admitir a possibilidade do início do cumprimento de pena, após decisão em segunda instância, ainda que na pendência da interposição de recursos pela defesa.

Primeiramente a apresentação da ementa e do acórdão do Habeas Corpus 84.078-7/MG:

HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAIS

RELATOR: MIN. EROS GRAU

PACIENTE (S): OMAR COELHO VITOR

IMPETRANTE (S): OMAR COELHO VITOR

ADVOGADO (A) (S): JOÃO EDUARDO DE DRUMOND  
VERANO E OUTRO (A/S/)

ADVOGADO (A) (S): LUÍS ALEXANDRE RASSI

COATOR (A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em deferir o *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 5 de fevereiro de 2009.

Eros Grau – Relator.

O relatório da presente ementa apresenta os principais fundamentos para a concessão do Habeas Corpus em análise:

1. Apesar do que estabelece o artigo 637<sup>33</sup> do CPP acerca da inexistência do efeito suspensivo do recurso extraordinário, a Lei de Execução Penal condiciona a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Ainda, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LVII, estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.
2. Os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente ao disposto no art. 637 do CPP.
3. A prisão antes do trânsito em julgado só pode ser decretada a título cautelar.
4. A ampla defesa deve contemplar todas as fases processuais, inclusive de natureza extraordinária. O contrário significa restrição de defesa e desequilíbrio entre a pretensão punitiva estatal e o direito do acusado de elidir essa pretensão.
5. A antecipação da pena não pode ser justificada pela conveniência dos magistrados. Observando-se o princípio constitucional, no dizer dos tribunais (STF e STJ), estes seriam

---

<sup>33</sup> Art. 637. “O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”.

inundados de recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos e assim “ninguém mais seria preso”. Essa “jurisprudência defensiva” se prestaria à comodidade dos tribunais, à custa da amplitude de defesa e das garantias constitucionais.

6. Citado o julgamento do RE 482.006, que versava sobre a admissão da redução da remuneração de servidores afastados de suas funções sob a acusação de prática de crime funcional, em que a Corte, por unanimidade entendeu que não poderia haver tal restrição de propriedade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Se a Corte não admitia a restrição da propriedade, mormente não deveria permitir a restrição da liberdade.
7. Por fim, foi exaltado o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, corolário da democracia, que reconhece a todos como sujeitos de direitos. E principalmente, a presunção de inocência antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Estes foram os principais argumentos favoráveis apresentados no relatório que reconheceu o direito do réu condenado de recorrer em liberdade. A ordem foi concedida por maioria de votos, mas votos contrários também apresentaram argumentos substanciais. Votaram a favor, neste julgamento, os Ministros Celso de Mello, Eros Grau, Marco Aurélio, Carlos Ayres Brito, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Gilmar Mendes. Votaram contra a concessão do *Habeas corpus* os ministros (as) Joaquim Barbosa, Menezes Direito, Ellen Gracie e Cármen Lúcia.

Em síntese, os principais argumentos apresentados pelos votos vencidos:

1. Defesa ao efeito suspensivo dos recursos, em conformidade com o artigo 637 do CPP e à súmula 267<sup>34</sup> do Superior Tribunal de Justiça.
2. excesso de recursos são instrumentos protelatórios ao cumprimento da sentença, e, na maioria dos casos, visam impedir o cumprimento da sentença condenatória e/ou alcançar a prescrição punitiva ou executória. Esses recursos tendem a consagrar a impunidade.
3. desrespeito às decisões dos tribunais de primeira e segunda instância, que são os legitimados a apreciar, exaustivamente, as matérias de fato e as provas apresentadas pelas partes.
4. Brasil oferece um número surreal de recursos, maximizando o preceito da presunção de inocência. À contrário *sensu* de outras democracias consolidadas, nas quais se cumpre, na maioria das vezes, a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau.
5. Criminosos confessos, condenados em primeiro e segundo graus, não cumprem penas porque o volume de recursos não se esgota nunca.
6. Ignora-se, em relação a matéria apreciada, a regra constitucional segundo a qual o STF somente está autorizado a conhecer, na maioria dos casos, daqueles recursos que tratem de questões jurídicas que transcendam o interesse subjetivo do recorrente. E, mais ainda, a reforma dessas decisões se dá em um percentual muito pequeno, se comparados aos generosos números dos recursos apreciados.
7. A justiça deve primar por sua efetividade na proteção dos bens caros à sociedade.

---

<sup>34</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 267. "A interposição do recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão".

Segundamente, apresenta-se a Ementa e o acórdão do Habeas Corpus n. 12.262/SP:

HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

PACTE. (S): MARCIO RODRIGUES DANTAS

IMPTE. (S): MARIA CLAUDIA DE SEIXAS

COATOR (A/S) (ES): RELATOR DO HC Nº 313.021 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. Habeas corpus denegado.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, em denegar a ordem, com a consequente revogação da liminar, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Brasília, 17 de fevereiro de 2016.

Ministro TEORI ZAVASCKI. Relator

Da leitura dos votos favoráveis ao início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, além dos fundamentos favoráveis apresentados no julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG, somam-se:

1. Reforço da seletividade do sistema penal. A ampla e quase irrestrita possibilidade de recorrer em liberdade beneficia principalmente aos réus que tenham dinheiro para suportar a



contratação de bons advogados para promoverem sua defesa em sucessivos recursos. Os réus mais pobres não têm dinheiro para tanto, sequer a Defensoria Pública que os assiste dispõe de estrutura satisfatória.

2. A prescrição ou a demora no cumprimento da pena agrava a sensação de impunidade e compromete os objetivos da prevenção geral e especial da pena.
3. Descrédito do sistema de justiça penal e desmoralização do Judiciário perante a sociedade.
4. incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios gera gasto de tempo e de recursos escassos ao Judiciário, sem que haja real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus.
5. Crítica à interpretação literal do Art. 5º, LVII – no julgamento do HC 84.078/MG, cujo objetivo seria defender a proclamada de efetivar as garantias processuais.
6. Citado o desrespeito à soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, Art. 5º, XXXIII.
7. Conferir ao Art. 5º, LVII, interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional, no sentido de garantir a efetividade da Lei penal, no resguardo dos bens jurídicos como a integridade psicofísica, a vida e a propriedade.
8. A existência de medidas cautelares que visam conferir efeito suspensivo a recursos especiais e extraordinários e o Habeas corpus, que oportunizam à defesa dos réus outras possibilidades de defesa.
9. A incipiência dos mecanismos legais destinados a repelir recursos meramente protelatórios.

10. A defesa de que o princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade não pode ser interpretado como absoluto, sem a necessária conexão a outros princípios e regras constitucionais.
11. Que deve se promover o equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros, não somente aos acusados, mas também à sociedade.
12. Citadas as súmulas 716<sup>35</sup> e 717<sup>36</sup> do STF, como exemplos de que, na prática, a legislação infraconstitucional, em conformidade com os preceitos constitucionais, admite a prisão do acusado antes do trânsito em julgado da decisão penal condenatória.
13. A presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, exaurida a fase de provas.
14. Citada a súmula 279 do STF, que versa sobre a impossibilidade do reexame de provas em sede de recurso extraordinário.
15. Defesa do tratamento ao implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui.

Votaram a favor da possibilidade da execução antecipada da pena os Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

Em relação aos votos proferidos pelos ministros contrários à possibilidade do início da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, pouco se inovou, sendo apresentados principalmente argumentos em relação à hermenêutica constitucional:

---

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 716**. “Admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 717**. “ Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada a sentença não transitada em julgado, o fato do réu se encontrar em prisão especial”.

- 1.. Foram citados os vários documentos internacionais de Direitos Humanos, que apresentam o princípio da presunção de inocência como uma conquista que deva ser preservada, como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.
- 2.. princípio da presunção de inocência representa uma conquista histórica dos cidadãos na luta permanente contra a opressão do Estado e o abuso de poder.
- 3.. Novamente se proclama o respeito à dignidade humana, na afirmação de que ninguém pode ser tratado, independente da natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido imputada, sem que exista decisão judicial condenatória transitada em julgado.
- 4.. Quando o texto constitucional é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional.
- 5.. STF estaria promulgando Emenda Constitucional e o princípio da não culpabilidade não encerraria garantia.

Em suma, estes foram os principais fundamentos apresentados em ambos os julgados. Todos os Ministros apresentaram diversos julgados reafirmando suas posições acerca do tema discutido.

## 6 CONCLUSÃO

A determinação da culpabilidade do agente que pratica um ilícito penal, é, certamente o pressuposto para sua responsabilização pessoal, e para que o Estado possa exercer seu poder punitivo. No direito brasileiro, essa determinação da culpabilidade pode se dar em primeiro ou segundo grau de jurisdição, esferas judiciais em que se apresentam os fatos e se produzem provas, e onde se exerce os preceitos constitucionais da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição.

Os recursos são instrumentos de defesa, previstos pela Constituição Federal, que podem ser utilizados em todos os processos e instâncias judiciais por aqueles que pretendam promover o reexame de uma decisão judicial desfavorável, ou mesmo arguir a nulidade de um processo, de uma sentença ou de parte dela. Os recursos produzem efeitos imediatos sobre a decisão combatida, e um desses efeitos – efeito suspensivo – é significativamente importante em matéria penal, pois pode representar a possibilidade ou não da supressão da liberdade do acusado.

A jurisdição constitucional, ou garantia jurisdicional da constituição, reafirma não só a força normativa da constituição, que representa a base jurídica sobre a qual se realiza a legislação interna de um Estado, mas também a apresenta como fonte reguladora e inspiradora da criação das leis. O exercício dessa jurisdição se dá principalmente na interpretação da constituição e no controle de constitucionalidade sobre as leis e atos normativos. Mas, primordialmente, a constituição atua como garantidora do respeito aos princípios nela contidos.

A Constituição de 1988, previu em seu artigo 5º - dos direitos e garantias fundamentais – garantias importantes em matéria penal. Uma dessas garantias está contida no inciso LVII do citado artigo 5º, e determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Esse dispositivo representa o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade e, sem dúvida alguma, representou um grande avanço na defesa do indivíduo frente ao poder punitivo do Estado.

Experimentou-se após o advento da Constituição de 1988, uma crescente valorização do Poder Judiciário, como garantir dessa nova ordem constitucional que se refletiu por todo o ordenamento jurídico. Neste diapasão, ocorreu um reencontro dos anseios da sociedade, que passou a depositar no judiciário suas esperanças de realização de justiça, numa clara demonstração da crise de legitimidade pela qual passa os demais Poderes. Surge, neste contexto, o fenômeno do ativismo judicial, que pode ser descrito como a atuação positiva do Judiciário em questões afetas a outros Poderes.

O Supremo Tribunal Federal, como instância máxima do Poder Judiciário, tem exercido o papel de decidir, em cumprimento à sua competência precípua de defesa da constituição, questões de toda ordem, relevantes para a sociedade e para a estabilidade jurídica. O STF tem atuado no sentido de preencher as lacunas existentes no sistema normativo, utilizando-se da hermenêutica constitucional como principal ferramenta.

Mas, ao caso concreto. O julgamento de ambos os pedidos de Habeas Corpus apresentados para discussão, não deixam dúvidas de como a dinamicidade do direito deve ser observada. Em pouco mais de sete anos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, então renovado em mais de setenta por cento de seus membros, alterou o entendimento anterior e passou a admitir a possibilidade do cumprimento da pena de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG, em 2009, o Plenário, por maioria de votos, entendeu não ser possível a execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão penal condenatória, em respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência. Vários foram os argumentos: a ampla defesa deve ser exercida em todas as fases processuais; repúdio à “jurisprudência defensiva”; a prisão antes do trânsito em julgado só pode ser admitida como medida cautelar; se julgados anteriores, citados, demonstraram a proteção do patrimônio (vencimentos de funcionários públicos processados), antes do trânsito em julgado, mais importante seria a proteção da liberdade; o respeito à dignidade da pessoa humana, entre outros.

Os votos favoráveis, e vencidos, defenderam o efeito suspensivo dos recursos a permitir a execução da pena após decisão de segundo grau; condenaram o excesso de recursos protelatórios, o desrespeito às decisões das instâncias inferiores, legitimadas a apreciar matéria de fato e produção de provas e o fato do STF ser competente para apreciar questões jurídicas que transcendam o direito subjetivo do recorrente e não em reexaminar matéria de fato. Ressaltaram ainda, o excessivo número de recursos protelatórios

existentes no Brasil, e a necessidade do judiciário em promover a efetiva proteção dos bens mais caros à sociedade.

No recente julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, realizado pelo Pleno do STF em fevereiro de 2016, o resultado foi inverso. O Pleno do STF, também por maioria de votos, assentiu no sentido de admitir a possibilidade da execução antecipada da pena. Além de todos os argumentos favoráveis, já citados, a questão da interpretação dos princípios constitucionais mostrou ser o mote principal da discussão. Os ministros defenderam a mutação constitucional<sup>37</sup>, como instrumento de adequação dos princípios constitucionais à realidade social; o equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional penal; e defenderam ainda que não se pode interpretar o princípio da presunção de inocência de forma absoluta, sem que se faça a devida correspondência e ponderação frente a outros princípios importantes que se destinam a proteger bens jurídicos relevantes como a integridade física, a vida, a propriedade. Devem os princípios primar por proteger, não só os acusados em um processo penal, mas toda a sociedade.

Importa citar ainda, que os votos vencidos neste julgamento e, vencedores no anterior, permaneceram, com acréscimo de valiosas contribuições de teses jurídicas, a defender a interpretação do princípio da presunção de inocência, como valor absoluto a ser protegido, em atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Toda essa discussão acontece em um momento de turbulência política no País. Os inúmeros escândalos de corrupção envolvendo agentes públicos, empresas públicas e privadas, desencadeando uma verdadeira “caça às bruxas”, que sugam o erário público em nome de interesses particulares, coloca o Poder Judiciário como ator principal, neste cenário político desolador.

Decisões como estas podem representar “um remédio amargo” para a democracia, mas infeliz ou felizmente esse novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal têm por objetivo a cura de um mal, a impunidade, que

---

<sup>37</sup> “Mutação constitucional é o mecanismo informal que permite a transformação de sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação em seu texto”.

aproveita mais aos cidadãos abastados, que buscam se escapar às suas responsabilidades penais, do que a cidadãos pobres que não tem meios de prover uma defesa técnica de custos elevados. Não se pode falar em segurança jurídica, à custa da eternização de processos judiciais cujas decisões sejam infrutíferas para a sociedade.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, J.E. Carreira. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio. **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula 267**.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula 716**.

BRASIL.SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula 717**.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84078-7/MG**. Relator: GRAU, Eros. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br?jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg/inteiro-teor-103104777>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292/SP**. Relator: ZAVASCKI, Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**, São Paulo: Atlas, 2013.

NASCIMENTO, Cheila. Soberania parlamentar e os limites da jurisdição constitucional. p. 159 – 182. In. ROCHA, Lilian Rose Lemos; CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos(Coords.). **Caderno de Pós-Graduação em direito**: questões atuais do direito constitucional. Brasília: Uniceub: ICPD, 2016.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 201



# O DEVER DE OBSERVÂNCIA EX OFFICIO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE: UM CONSECTÁRIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA

Cláudio Augusto Cunha Nascimento<sup>1</sup>

## RESUMO

A Administração Pública deve fazer valer o princípio da dignidade humana, visto que este se constitui em consectário do princípio da proteção à confiança, no sentido de que a sociedade espera que o Estado-administração respeite a dignidade da pessoa humana. Assim, deve a Administração observar e fazer valer em todos os seus atos e processos a incidência de tal princípio por força constitucional, qual seja o art. 1º, III da CF/88. Para isso, o Estado-administração poderá se valer de instrumentos como a autovinculação administrativa e o controle de constitucionalidade.

**Palavras-chave:** Dignidade da pessoa humana. Proteção da Confiança. Direito Administrativo

## ABSTRACT

The Public Administration should enforce the principle of human dignity , as this constitutes consectário the principle of protection of confidence, in the sense that society expects that the State administration respects the dignity of the human person . Therefore, should the Administration to observe and enforce in all their actions and processes the incidence of this principle by constitutional force, which is the art. 1, III CF / 88 . For this, the State Administration may make use of tools such as self-binding administrative and judicial review.

**Keywords:** Dignity of human person. Protection of the confidence. Administrative law.

## 1 INTRODUÇÃO

---

<sup>1</sup> Servidor Público Federal; Pós-graduando em Novas Tendências de Direito Público – UniCEUB; Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, SEPN 707/907 – Campus da Asa Norte - Brasília - DF – CEP: 70790-075, Brasil; Email: claudio.augusto@gmail.com

A Administração Pública deverá observar o princípio da dignidade da pessoa humana, levando-se em consideração que este se constitui um consectário do princípio da proteção à confiança. Ora sabemos que o princípio mais abrangente do Estado de Direito faz nascer subprincípios como o da segurança jurídica e este, por sua vez, possui uma vertente objetiva e outra subjetiva.

Sob o viés objetivo temos a segurança jurídica clássica que se desdobra em coisa julgada, ato jurídico perfeito e direito adquirido. Já sob o enfoque subjetivo, a segurança jurídica se faz visível sob a face de proteção à confiança ou proteção à confiança legítima, que protege o cidadão de contra mudanças da Administração que envolvam atos e procedimentos, atingindo a boa-fé do administrado.

Lado outro, verificamos que o princípio da dignidade humana pode ser visto também como um consectário do princípio da proteção à confiança, haja vista que é de se esperar que a Administração respeite o administrado sob a incidência da dignidade.

Entretanto, tal observância não se constitui em discricionariedade da Administração Pública, devendo esta fazê-la incidir de ofício, por previsão constitucional, visto que o controle da constitucionalidade, de acordo com o art. 74 da CF/88, deverá ser realizado pelos três poderes.

Forçoso se faz lembrar que tal postura se dará, obviamente, com a manutenção do controle jurisdicional e legislativo, acrescentando também o controle social. Válido igualmente notar que essa nova Administração Pública, que vem superar o conceito clássico de controle de constitucionalidade, está sujeita ao princípio da confiança em conjunto com a autovinculação administrativa para fornecer um ambiente de estabilidade institucional.

## **2 DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Em que pese princípios como a boa fé, proteção à confiança e segurança jurídica sinalizarem para valores bem próximos, cada um deles, com o passar dos anos, tomou pra si uma acepção bem distinta dos outros<sup>2</sup>.

A civilização romana trouxe a noção de boa fé para as relações de direito privado, adotando-se tanto o sentido subjetivo cristalizado na posse *ad usucapionem*, quanto no sentido objetivo encontrado nas *actiones bonae fidei* que levam em consideração o dever recíproco das partes de agir corretamente com lealdade e lisura<sup>3</sup>.

No direito brasileiro, o Código Civil trouxe a boa fé como regra geral de interpretação dos negócios jurídicos no art. 113 e como instituto a ser guardado pelos contratantes no art. 422. No Código de Defesa do Consumidor, o art. 4º também traz a boa fé como base das relações entre consumidores e fornecedores:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e

<sup>2</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

<sup>3</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (grifo nosso);

Entretanto, o princípio da boa fé também adentrou o campo do direito público, notadamente em relação aos contratos administrativos e na responsabilidade pré-negocial do Estado<sup>4</sup>. Nesse sentido, os vínculos estabelecidos entre o Estado e os indivíduos passam a ser permeados pelo dever de lealdade e lisura, os quais favorecem certa previsibilidade das ações estatais e desembocam no princípio da segurança jurídica<sup>5</sup>.

Embora os institutos da boa fé e da segurança jurídica tenham se aproximado, a individualização de cada um desses conceitos se fez necessária, tendo a segurança jurídica se desdobrado sob o viés objetivo e subjetivo. A natureza objetiva da segurança jurídica diz respeito ao estabelecimento de limites sobre os atos do Estado em face da proteção ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e à coisa julgada, conforme previsto no art. 5º, XXXVI da CF/88. Lado outro, a natureza subjetiva da segurança jurídica aponta para a proteção à confiança das pessoas no que se refere as condutas do Estado, incluindo atos e procedimentos<sup>6</sup>.

No âmbito do direito comparado, doutrinadores têm preferido trabalhar separadamente com o princípio da segurança jurídica. Logo, o viés objetivo acerca da estabilidade das relações jurídicas ganha contornos de segurança jurídica propriamente dita e o viés subjetivo da segurança jurídica no tocante à

<sup>4</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. A responsabilidade pré-negocial no direito administrativo brasileiro, **RDA**, n. 217, 1999, p.163-171.

<sup>5</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. o princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

<sup>6</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

previsibilidade dos atos do Estado seria entendido como o princípio da proteção à confiança<sup>7</sup>.

Ora, a proteção à confiança limita a liberdade do Estado, no sentido de que este não poderá alterar sua conduta de maneira arbitrária nem modificar aqueles atos que foram vantajosos para os seus destinatários, ainda que sejam ilegais. E caso haja de modo diverso, o Estado deverá sofrer decréscimo patrimonial, visto que a sociedade foi induzida a crer que tais atos eram legítimos<sup>8</sup>.

O direito alemão optou por fazer a distinção entre a segurança jurídica e a proteção à confiança. Naquele país, a proteção à confiança tomou forma a partir de uma construção da jurisprudência, que teve de enfrentar questões relacionadas à manutenção de atos inválidos ou nulos, desde que eivados de boa fé<sup>9</sup>.

Em verdade, podemos dizer que tanto a segurança jurídica quanto a proteção à confiança encontraram ambiente próspero ao desenvolvimento no Estado Social. Isso se deve à dependência que as pessoas passaram a ter em face do Estado regido sob o viés social, no que se refere à prestação de serviços diretos ou indiretos<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

<sup>8</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

<sup>9</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

<sup>10</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia,

Outro ponto que merece destaque é o fato de que os atos emanados pelo Poder Público estão preenchidos pela presunção de legitimidade, o que importa na manutenção desses mesmos atos no mundo jurídico<sup>11</sup>.

A título exemplificativo, relembramos um fragmento de Ulpiano no Digesto denominado "ordo praetorum", em que narra-se a estória de Barbarius Philippus, um escravo nomeado pretor em Roma. Daí surge o seguinte questionamento "Que diremos do escravo que, conquanto ocultando essa condição, exerceu a dignidade pretória? O que editou, o que decretou, terá sido talvez nulo? Ou será válido por utilidade daqueles que demandaram perante ele, em virtude de lei ou de outro direito?" e Ulpiano responde pela validade das ações de Barbarius<sup>12</sup>.

Atualmente, em se tratando de funcionário de fato, aplicamos a mesma lógica, visto que apontamos para a "aparência de legitimidade", mesmo frente à incompetência absoluta do agente. Entretanto, apesar da "aparência de legitimidade", o ordenamento jurídico vem proteger a confiança das pessoas que acreditam na plena legitimidade dos atos praticados pelo Poder Público<sup>13</sup>.

### 3 DA ORIGEM E EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA

n. 2, abr./maio/jun., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

<sup>11</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

<sup>12</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

<sup>13</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

Na Europa, no final do século XX, o princípio da proteção à confiança encontrou forte adesão. Porém, a primeira decisão veio do Superior Tribunal Administrativo de Berlim, em 15 de outubro de 1957, que tratou de manter benefício prometido à viúva de um funcionário caso ela se mudasse de Berlim oriental para o lado ocidental da cidade. Em que pese as alegações de que tal vantagem seria ilegal, o Tribunal aplicou o princípio da proteção à confiança e entendeu que este incidia com mais força que o princípio da legalidade<sup>14</sup>.

Já na década de 70, o Tribunal Federal Constitucional elevou a proteção à confiança a princípio de valor constitucional<sup>15</sup>.

Importante mencionar que, paralelamente à consolidação do princípio da proteção à confiança no direito alemão e suíço-alemão, a União Europeia o trazia sob a denominação de princípio da proteção à confiança legítima, fazendo-o incidir tanto sobre aspectos da regulamentação econômica e restituição de subvenção estatal irregularmente concedida como da função pública comunitária. Outro avanço no tratamento à proteção à confiança veio quando a Corte de Justiça das Comunidades Europeias passaram a enquadrá-lo como regra superior de direito e princípio fundamental de direito comunitário<sup>16</sup>.

No direito comparado bem como no direito brasileiro, temos alguns temas que merecem atenção<sup>17</sup>:

<sup>14</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

<sup>15</sup> CALMES, Sylvie. Du principe de protection de la confiance legitime en droits allemand, **Comunnautaire et Français**, Paris, Dalloz, 2001, p. 11.

<sup>16</sup> CALMES, Sylvie. Du principe de protection de la confiance legitime en droits Allemand, **Comunnautaire et Français**, Paris, Dalloz, 2001, p. 11.

<sup>17</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

1. a preservação de atos administrativos inválidos por ilegais ou inconstitucionais;
2. a responsabilidade estatal por promessas de seus agentes nos atos relacionados com planejamento econômico;
3. a responsabilidade pré-negocial do próprio Estado;
4. dever de estabelecimento de regras provisórias quando houver mudanças que afetem regimes jurídicos.

No Brasil, o direito se preocupou majoritariamente com os aspectos objetivos da segurança jurídica, quais sejam o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, não sendo dado status constitucional ao princípio da proteção à confiança<sup>18</sup>.

Coube à legislação ordinária, mais especificamente às Leis 9.784/99, 9.868/99 e 9.882/99, que dispõem sobre o processo administrativo, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental, respectivamente, dispor sobre a segurança jurídica em seu aspecto subjetivo de proteção à confiança enquanto princípio geral da Administração Pública e valor constitucional em face do princípio da supremacia da Constituição e da nulidade retroativa de lei inconstitucional<sup>19</sup>.

No âmbito do direito administrativo brasileiro, a preservação de atos jurídicos inválidos foi tema tratado na obra 'Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário' de Miguel Seabra Fagundes, mas sob o enfoque da

---

<sup>18</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

<sup>19</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.



discrecionalidade da Administração em manter ou não o ato administrativo inválido<sup>20</sup>.

Na jurisprudência, o Supremo tribunal Federal possui três decisões (MC - nº 2.900 - RS, MS 24268/MG e MS 22357/DF) que atentam para o fato de que a segurança jurídica possui status de princípio constitucional haja vista ser subprincípio do Estado de Direito<sup>21</sup>.

No primeiro caso, MC 2.900/RS, uma estudante do curso de Direito da Universidade Federal de Pelotas foi aprovada em concurso público para a Empresa Pública do Correios e Telégrafos e solicitou transferência para a Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, haja vista que exerceria suas atividades trabalhistas em Porto Alegre<sup>22</sup>.

Como houve indeferimento administrativo da UFRGS, a estudante impetrou mandado de segurança, o qual foi deferido por meio de sentença em dezembro de 2000, reconhecendo o direito de transferência da impetrante. Contudo, no segundo grau, a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região reformou a decisão e denegou a segurança<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

<sup>21</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

<sup>22</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

<sup>23</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

Ajuizado o Recurso Extraordinário, o Ministro Gilmar Mendes concedeu o efeito suspensivo requerido em decisão monocrática, sendo esta confirmada pela 2ª Turma do STF. O Ministro fez expressa menção à importância do princípio da segurança jurídica no âmbito da cautelar:

Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado parcialmente, no plano federal, na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1.999 (v.g., art. 2º).

Em verdade, a **segurança jurídica**, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material (grifo nosso).

No segundo caso, MS 24268/MG, uma pensionista que se encontrava na condição de beneficiária adotada por 18 anos impetrou mandado de segurança contra decisão do Tribunal de Contas da União – TCU que cancelou unilateral e sumariamente a sua pensão especial sob o argumento de que a adoção não havia sido comprovada adequadamente, conforme dispunha os arts. 28 e 35 da lei 6.679/79<sup>24</sup>.

A impetrante alegou que o ato do TCU atentava contra os princípios da ampla defesa, contraditório, devido processo legal, direito adquirido e coisa julgada. No STF, em maioria, houve decisão no sentido de conceder o mandado de segurança por desrespeito ao contraditório e ampla defesa, mas o Min. Gilmar Mendes fez questão de mencionar o princípio da segurança:

É possível que, no caso em apreço, **fosse até de se cogitar da aplicação do princípio da segurança jurídica, de forma integral, de modo a impedir o desfazimento do ato**. Diante, porém, do pedido formulado e da “causa petendi” limito-me aqui a reconhecer a forte plausibilidade jurídica desse fundamento (grifo nosso).

Por último, o MS 22357/DF trouxe novamente a discussão acerca da preservação ou não dos atos de admissão de empregados de empresas públicas

<sup>24</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

e sociedades de economia mista sem prévia realização de concurso público, o que contrariaria o art. 37, I e II da Constituição Federal de 1988<sup>25</sup>.

Relevante se faz demonstrar que, anteriormente, o tema já havia sido alvo de debates por ocasião do MS 21.322, em que o STF decidiu em acórdão publicado em 23 de abril de 1993 que tanto as empresas públicas quanto as sociedades de economia mista devem proceder à admissão de pessoal mediante concurso público<sup>26</sup>.

Porém, já havia decisão da Corte de Contas em 06 de junho de 1990 que sinalizava para o mesmo entendimento proferido anos depois pelo STF, com a afirmação de que somente proceder-se-ia à anulação dos atos de admissão realizados posteriormente à data da decisão<sup>27</sup>.

Nessa esteira, o Ministro do STF Gilmar Mendes proferiu voto em que defende que no caso concreto referente à INFRAERO e suas contratações, faz-se necessário incidir o abrangente princípio do Estado de Direito bem como a boa fé e a segurança jurídica:

Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1.999(v.g. art. 2º).

Embora não se aplique diretamente à espécie, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece em seu art. 54 o prazo decadencial de

<sup>25</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

<sup>26</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

<sup>27</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, abril/maior/junho, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

cinco anos, contados da data em que foram praticados os atos administrativos, para que a Administração possa anulá-los.

Vale lembrar que o próprio Tribunal de Contas da União aceitou a situação de fato existente à época, convalidando as contratações e recomendando a realização de concurso público para admissões futuras. Observa-se que mais de 10 anos já se passaram em relação às contratações ocorridas entre janeiro de 1991 e novembro de 1992, restando constituídas situações merecedoras de amparo.

Dessa forma, meu voto é no sentido do deferimento da ordem, tendo em vista as específicas e excepcionais circunstâncias do caso em exame. E aqui **considero sobretudo: a boa fé dos impetrantes**; a existência de processo seletivo rigoroso e a contratação conforme o regulamento da INFRAERO; a existência de controvérsia, à época da contratação, quanto à exigência de concurso público, nos moldes do art. 37, II, da Constituição, no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista; o fato de que houve dúvida quanto à correta interpretação do art. 37, II, em face do art. 173, § 1º, no âmbito do próprio TCU; **o longo período de tempo transcorrido das contratações e a necessidade de garantir segurança jurídica a pessoas que agiram de boa fé.**

Assim meu voto é no sentido da concessão da segurança para afastar (1) a ressalva do Acórdão nº 110/93, Processo TC nº 016.629/92-2, publicado em 03.11.93, que determinou a regularização das admissões efetivadas sem concurso público após a decisão do TCU de 16.05.90 (proferida no processo TC nº 006.658/89-0), e, (2) em consequência, a alegada nulidade das referidas contratações dos impetrantes (grifo nosso).

Entretanto, não podemos deixar de mencionar que, ao lado dos princípios do Estado de Direito, boa fé e segurança jurídica, o voto proferido leva em consideração também a situação de fato constituída pelo decurso do tempo.

Mais recentemente, o Ministro do STF Dias Toffoli proveu agravo regimental em mandado de segurança para possibilitar uma maior discussão a respeito da obrigatoriedade de realização de concursos para os conselhos de fiscalização profissional.

AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. NATUREZA JURÍDICA. AUTARQUIA FEDERAL. EXIGÊNCIA

DE CONCURSO PÚBLICO. OBSERVÂNCIA DO ART. 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FISCALIZAÇÃO. ATIVIDADE TÍPICA DO ESTADO. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA. ANÁLISE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA RESTAURAR O DEVIDO PROCESSAMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA E POSSIBILITAR UM MELHOR EXAME DA MATÉRIA. 1. Os conselhos de fiscalização profissional têm natureza jurídica de autarquias, consoante decidido no MS 22.643, ocasião na qual restou consignado que: (i) estas entidades são criadas por lei, tendo personalidade jurídica de direito público com autonomia administrativa e financeira; (ii) exercem a atividade de fiscalização de exercício profissional que, como decorre do disposto nos artigos 5º, XIII, 21, XXIV, é atividade tipicamente pública; (iii) têm o dever de prestar contas ao Tribunal de Contas da União (art. 71, II, CRFB/88). 2. Os conselhos de fiscalização profissional, posto autarquias criadas por lei e ostentando personalidade jurídica de direito público, exercendo atividade tipicamente pública, qual seja, a fiscalização do exercício profissional, submetem-se às regras encartadas no artigo 37, inciso II, da CRFB/88, quando da contratação de servidores. Precedente: RE 539.224, 1ª Turma Rel. Min. Luiz Fux, DJe.- 18/06/2012. 3. A fiscalização das profissões, por se tratar de uma atividade típica de Estado, que abrange o poder de polícia, de tributar e de punir, não pode ser delegada (ADI 1.717), excetuando-se a Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 3.026). 4. In casu, está em discussão tese relacionada à contratação dos impetrantes, ocorrida há mais de 10 (dez) anos, e a alegação de desrespeito ao processo de seleção e às regras constitucionais aplicáveis (art. 37, II, CRFB/88), **fatos que tornam imperativa a análise mais apurada do mandado de segurança, sobretudo em decorrência do princípio da proteção da confiança legítima**. 5. Agravo regimental provido apenas para possibilitar um melhor exame do mandado de segurança e facultar às partes a oportunidade de sustentação oral. (MS-AgR-segundo 28469, DIAS TOFFOLI, STF.)

Exposto o acórdão, verificamos que o Ministro Dias Toffoli **fundamentou com base no princípio da proteção à confiança legítima**, mas também remeteu à situação de fato constituída.

### 3.1 Da segurança jurídica como princípio constitucional incidente sobre o direito administrativo brasileiro

A segurança jurídica encontra abrigo no art. 2º da lei 9.784/99, visto que o legislador estabeleceu que a Administração Pública deverá obedecer, além de

outros princípios, à legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, interesse público, eficiência e **segurança jurídica**.

Além disso, reforçamos o fato de que a segurança jurídica se constitui em pleno valor constitucional posto que qualificada como subprincípio do abrangente princípio do Estado de Direito, colocando-se na mesma estatura do princípio da legalidade.

#### 4 DA AUTO VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA

No Brasil, em que pese a doutrina de direito administrativo não se utilizar usualmente da expressão autovinculação administrativa, tribunais e doutrinadores de outros ramos têm lançado mão de tal conceito para tratar da autovinculação da Administração Pública<sup>28</sup>.

Em sentido estrito, a autovinculação sinaliza para uma redução da discricionariedade da Administração Pública quando da prática de seus atos concretos. Com isso, atuações duvidosas de agentes públicos ou mudanças no padrão decisório restam mais combatíveis<sup>29</sup>.

Ora, a ideia nasce de basicamente dois pressupostos, quais sejam: 1) o cidadão se deparar com reiterados atos da Administração em determinado sentido acerca de um tema e 2) o cidadão provocar a Administração Pública com o intuito de que esta haja conforme o padrão decisório verificado<sup>30</sup>.

Posto isto, ocorre algo inesperado: a Administração decide adotar outro posicionamento sem qualquer semelhança com aquele padrão que era de se

<sup>28</sup> MODESTO, Paulo. Autovinculação da administração pública. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 29, abr./jun. 2010.

<sup>29</sup> MODESTO, Paulo. Autovinculação da administração pública. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 29, abr./jun. 2010.

<sup>30</sup> MODESTO, Paulo. Autovinculação da administração pública. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 29, abr./jun. 2010.

esperar e sem qualquer fundamentação ou motivação que exponha o porquê de tal mudança<sup>31</sup>.

Com isso, o conceito da autovinculação toma forma, com base no tripé principiológico da igualdade, boa-fé e segurança jurídica, fazendo com que haja respeito a um padrão de decisões emanadas pela Administração em demandas futuras que possuam a mesma natureza, à exceção dos casos em que exista motivação especial firmado na "alteração das circunstâncias e na necessidade de reformar o atendimento anterior em face do interesse público"<sup>32</sup>.

O respeito aos princípios da boa-fé e da igualdade, fixados em norma constitucional ou legal, se mostram indisponíveis ao administrador e servem para limitar as opções que estariam comportadas pelas normas de competência discricionária. Lado outro, a *contrario sensu*, podemos afirmar também que esses princípios trazem que é defeso o comportamento contraditório, sem fundamentação suficiente ou razoável<sup>33</sup>.

Nos tribunais, encontramos algumas decisões que indicam que a Administração Pública não deve decidir em desconformidade com seus próprios precedentes:

Tributário. Imposto de Renda. Documentação Fiscal Parcialmente Destruída. Enchente. Arbitramento. 1. As decisões administrativas devem guardar um mínimo de coerência, não se admitindo, por isso, tratamento diferenciado para hipóteses rigorosamente idênticas. Se duas empresas, da mesma localidade, sofreram a inutilização parcial de sua documentação em decorrência de uma inundação, não é lícito ao Fisco, isentando uma, servir-se do arbitramento de lucro para outra com base na própria declaração de rendimento apresentada. 2. Incidência da Súmula nº 76, do TRF. 3. Apelação parcialmente provida para reduzir o percentual da verba de patrocínio. 4. Remessa improvida. (TRF 1, Apelação Cível nº 9101166930, Rel. Juiz Fernando Gonçalves, Terceira Turma, DJ, p. 38.220, 19.11.1992. No mesmo

<sup>31</sup> MODESTO, Paulo. Autovinculação da administração pública. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 29, abr./jun. 2010.

<sup>32</sup> MODESTO, Paulo. Autovinculação da administração pública. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 29, abr./jun. 2010.

<sup>33</sup> MODESTO, Paulo. Autovinculação da administração pública. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 29, abr./jun. 2010.

sentido, a AC nº. 91.01.16693-0/GO e a AC nº. 92.01.23038-9/GO)

Por outro lado, repele-se a ideia de se estender a casos iguais benefícios firmados em decisões ilegais, conforme decisão do STF:

Aposentadoria dupla. Ferroviário, que é servidor autárquico. Indeferimento. Invocação de precedentes administrativos em contradição com o ato aqui impugnado. Cabe notar que *non exemplis sed legibus judicandum*. E aqueles precedentes não estão sujeitos agora ao nosso exame. A função do Poder Judiciário é corrigir, quando provocado, atos ilegais da Administração, e não estender a outros as ilegalidades porventura cometidas por ela em favor de alguns. Segurança negada. (MS 15892, LUIZ GALLOTTI, STF.)

Não há que se falar em vinculação de precedente para o estabelecimento de uma ilegalidade. O *non exemplis sed legibus judicandum* estabelece que o julgamento deve se basear na força normativa da lei e não no precedente, o que impede a Administração de se utilizar de caso concreto eivado de ilegalidade quando houver demanda proposta por cidadão em que se pretenda extensão de uma vantagem ilegal.

## 5 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO BALISADOR DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Um dos temas mais debatidos entre os países ocidentais tem sido o referente à aplicação do princípio da dignidade humana. Porém, encontramos dificuldade na aplicação de tal princípio ante a aparente indeterminação do conceito<sup>34</sup>.

A origem da dignidade da pessoa humana é religiosa. O homem guarda semelhança com Deus, o que lhe conferiria dignidade diferenciada relativamente aos animais. Já no Iluminismo, o homem se torna o centro e a

<sup>34</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.** Versão Provisória para debate público. 2010.



racionalidade, a capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo seus fundamentos, devido à influência filosófica<sup>35</sup>.

Finda a 2ª Guerra Mundial, o mundo jurídico passa a adotar a ideia de dignidade humana e passamos a lidar com a necessidade de preencher o conceito<sup>36</sup>.

A título exemplificativo, verificamos posicionamentos distintos acerca do tema da comunicação com fins de exercício da prostituição. No Canadá, a Suprema Corte apontou para a legitimidade da proibição da comunicação para fins de prostituição. Já na Colômbia, a Corte Constitucional optou por interpretação diametralmente oposta, permitindo a comunicação para a prostituição<sup>37</sup>.

Isso nos mostra que a dignidade humana sofre forte influência interpretativa a depender do país onde se encontra, o que revela o caráter transnacional do princípio. Quanto à natureza jurídica, a dignidade humana possui relação íntima com a ideia de bom, justo e virtuoso, o que nos remete para o fato de também ser um conceito axiológico<sup>38</sup>.

No plano ético, a dignidade se constitui em plena justificação moral para os direitos humanos e direitos fundamentais, enquanto no plano da política, o mesmo princípio serve à consolidação e desdobramento de um dos principais princípios do Estado Democrático de Direito<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:** natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão Provisória para debate público. 2010.

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:** natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão Provisória para debate público. 2010.

<sup>37</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:** natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão Provisória para debate público. 2010.

<sup>38</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:** natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão Provisória para debate público. 2010.

<sup>39</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:** natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão Provisória para debate público. 2010.

## 6 DA OBSERVÂNCIA EX-OFFICIO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Em clara superação ao conceito tradicional de controle de constitucionalidade exercido estritamente pelo Poder Judiciário, a Administração Pública encontra-se numa nova posição jurídica e o Estado-administração passa a ter a obrigação de aplicar as normas constitucionais *ex-officio* bem como não aplicar aquelas regras que importem na incidência de improbidade administrativa por contrariedade a princípios constitucionais. Entretanto, necessário se faz esclarecer que o agente público que não seguir ordem flagrantemente inconstitucional deverá fazê-lo com a justificação adequada<sup>40</sup>.

Nesse contexto, caberia ao Estado-administração ir além do limitado controle de legalidade para adentrar no que consta do art. 74 da CF de 1988, qual seja o controle de eficácia relativo à concretização dos objetivos fundamentais da Carta Magna. Delimitado pelos pontos de constitucionalidade, revela-se possível que, cautelarmente, a Administração Pública deixe de aplicar determinada lei ou ato administrativo normativo<sup>41</sup>.

Entretanto, para que o Estado-administração cumpra seu papel relativamente a atos e processos administrativos, se torna impendioso que a própria Administração garanta a eficácia ao direito fundamental à boa administração pública, utilizando-se do controle de políticas públicas em vista de correções de falhas de mercado e governo<sup>42</sup>.

Assim, a nova visão acerca dessa nova postura da Administração nos leva inevitavelmente ao estreitamento do vínculo com a Carta Magna em estrita

<sup>40</sup> FREITAS, Juarez. Administração pública deve aplicar a lei fundamental de ofício e deixar de aplicar regras inconstitucionais, quando cumpri-las significar improbidade por quebra de princípios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 258, p. 143, set./dez. 2011.

<sup>41</sup> FREITAS, Juarez. Administração pública deve aplicar a lei fundamental de ofício e deixar de aplicar regras inconstitucionais, quando cumpri-las significar improbidade por quebra de princípios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 258, p. 146, set./dez. 2011.

<sup>42</sup> FREITAS, Juarez. Administração pública deve aplicar a lei fundamental de ofício e deixar de aplicar regras inconstitucionais, quando cumpri-las significar improbidade por quebra de princípios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 258, p. 147, set./dez. 2011.

oposição à obsoleta cultura do inconstitucionalismo. Com isso, o Estado-administração passa a exercer o controle de constitucionalidade ao lado do Poder Judiciário, Legislativo e da sociedade, conforme interpretação do STF na ADI 221:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISORIA. REVOGAÇÃO. PEDIDO DE LIMINAR. - POR SER A MEDIDA PROVISORIA ATO NORMATIVO COM FORÇA DE LEI, NÃO É ADMISSÍVEL SEJA RETIRADA DO CONGRESSO NACIONAL A QUE FOI REMETIDA PARA O EFEITO DE SER, OU NÃO, CONVERTIDA EM LEI. - EM NOSSO SISTEMA JURÍDICO, NÃO SE ADMITE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU DE ATO NORMATIVO COM FORÇA DE LEI POR LEI OU POR ATO NORMATIVO COM FORÇA DE LEI POSTERIORES. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI OU DOS ATOS NORMATIVOS É DA COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO PODER JUDICIÁRIO. OS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO, POR SUA CHEFIA - E ISSO MESMO TEM SIDO QUESTIONADO COM O ALARGAMENTO DA LEGITIMAÇÃO ATIVA NA ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE -, PODEM TÃO-SÓ DETERMINAR AOS SEUS ÓRGÃOS SUBORDINADOS QUE DEIXEM DE APLICAR ADMINISTRATIVAMENTE AS LEIS OU ATOS COM FORÇA DE LEI QUE CONSIDEREM INCONSTITUCIONAIS. - A MEDIDA PROVISORIA N. 175, PORÉM, PODE SER INTERPRETADA (INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO) COMO AB-ROGATÓRIA DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS N.S. 153 E 156. SISTEMA DE AB-ROGAÇÃO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS DO DIREITO BRASILEIRO. - REJEIÇÃO, EM FACE DESSE SISTEMA DE AB-ROGAÇÃO, DA PRELIMINAR DE QUE A PRESENTE ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTÁ PREJUDICADA, POIS AS MEDIDAS PROVISÓRIAS N.S. 153 E 156, NESTE MOMENTO, SÓ ESTÃO SUSPENSAS PELA AB-ROGAÇÃO SOB CONDIÇÃO RESOLUTIVA, AB-ROGAÇÃO QUE SÓ SE TORNARÁ DEFINITIVA SE A MEDIDA PROVISORIA N. 175 VIER A SER CONVERTIDA EM LEI. E ESSA SUSPENSÃO, PORTANTO, NÃO IMPEDE QUE AS MEDIDAS PROVISÓRIAS SUSPENSAS SE REVIGOREM, NO CASO DE NÃO CONVERSÃO DA AB-ROGANTE. - O QUE ESTÁ PREJUDICADO, NESTE MOMENTO EM QUE A AB-ROGAÇÃO ESTÁ EM VIGOR, É O PEDIDO DE CONCESSÃO DE LIMINAR, CERTO COMO É QUE ESSA CONCESSÃO SÓ TEM EFICÁCIA DE SUSPENDER "EX NUNC" A LEI OU ATO NORMATIVO IMPUGNADO. E, EVIDENTEMENTE, NÃO HÁ QUE SE EXAMINAR, NESTE INSTANTE, A SUSPENSÃO DO QUE JÁ ESTÁ SUSPENSO PELA AB-ROGAÇÃO DECORRENTE DE OUTRA MEDIDA PROVISÓRIA EM VIGOR. PEDIDO DE LIMINAR JULGADO PREJUDICADO "SI

ET IN QUANTUM".

(ADI 221 MC, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/1990, DJ 22-10-1993 PP-22251 EMENT VOL-01722-01 PP-00028)

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal voltou a decidir nesse mesmo sentido, interpretando que caberá intervenção judicial para se fazer preservar a supremacia da dignidade da pessoa humana:

Ementa: REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - **Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial.** III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido.

(RE 592581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016)

No mesmo sentido, vem o Superior Tribunal de Justiça – STJ dispor sobre o tema da supremacia da dignidade da pessoa humana no âmbito da Administração Pública:

..EMEN: ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGÊNCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. PRAZO PARA REALIZAÇÃO DA PERÍCIA MÉDICA DOS SEGURADOS. FIXAÇÃO DE PRAZO DE ATÉ 15 DIAS.

RAZOABILIDADE. CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO COM O SUS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. AMPLA DIVULGAÇÃO DO PRAZO NAS DEPENDÊNCIAS POR INFORMES LEGÍVEIS E VISÍVEIS E POR DISPOSITIVOS DE INFORMAÇÃO FACILITADORES DA INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. DIREITO À INFORMAÇÃO. 1. Na origem, o Ministério Público Federal propôs ação civil pública contra o INSS para que, em síntese, a autarquia fosse condenada à realização da perícia médica dos segurados no prazo máximo de 15 (quinze) dias relativamente à Agência da Previdência Social de São Bernardo do Campo, a qual está demorando, em média, 5 (cinco) meses para o atendimento pericial. 2. **O STF tem decidido que, ante a demora do Poder competente, o Poder Judiciário poderá determinar, em caráter excepcional, a implementação de políticas públicas de interesse social - principalmente nos casos que visem a resguardar a supremacia da dignidade humana -, sem que isso configure invasão da discricionariedade ou afronta à reserva do possível. Precedentes.** 3. Diante da ausência de previsão legal, coaduna-se com a razoabilidade e a eficiência a fixação do prazo de até 15 (quinze) dias para que a agência realize a perícia médica dos segurados por ela atendidos. O parâmetro baseia-se na Lei 8.213/1991, a qual estabelece o prazo de 15 (quinze) dias para início do recebimento de benefícios previdenciários de aposentadoria por invalidez (art. 43) e auxílio-doença (art. 60), bem como o prazo de 15 (quinze) dias para a empresa que dispor de serviço médico, próprio ou conveniado, realizar a perícia do empregado para fins de abono de falta (art. 60, § 4º). 4. O Decreto 8.691/2016 veio a alterar o Regulamento da Previdência Social - RPS, para prever a possibilidade de o INSS celebrar convênio com órgãos e entidades públicas integrantes do SUS para a realização de perícia médica, além de outras medidas tendentes a agilizar os trabalhos periciais. 5. Em razão do princípio da publicidade, a Administração deve dar a mais ampla divulgação possível de seus atos aos administrados, sendo o sigilo admitido em poucas situações. Ademais, o gênero direito à informação corresponde a uma garantia fundamental da pessoa humana, sendo assegurado "a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional" (art. 5º, XIV, da Constituição da República). 6. A Agência da Previdência Social deverá dar publicidade e informar que a perícia médica será realizada em até 15 (quinze) dias, mediante informes com dizeres precisos, a serem fixados em suas dependências, em locais visíveis e com letras de tamanho legível, bem como por dispositivos facilitadores da informação às pessoas com deficiência, a exemplo dos deficientes visuais, nos termos da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015). Recurso especial do INSS improvido. ..EMEN:

(RESP 201600415340, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:18/04/2016 ..DTPB:. GRIFO NOSSO)

Conforme exposto, o prestígio ao princípio da supremacia da dignidade da pessoa humana é de observância obrigatória e, excepcionalmente, poderá o Poder Judiciário fazer valer a sua concretização em políticas públicas, não havendo que se falar em invasão de discricionariedade ou afronta à reserva do possível.

## 7 CONCLUSÃO

A propositura de uma nova Administração Pública vem conjuntamente com a internalização dos princípios da proteção à confiança e dignidade da pessoa humana. Nesse novo modelo, a previsibilidade das ações do Estado-administração deve ser mantida por meio de instrumentos como a autovinculação administrativa, visto que reiteradas decisões administrativas em determinados sentido só podem guinar para outro rumo caso haja motivação a explicar especialmente o porquê de tal mudança, sob pena de ferir a boa-fé e proteção à confiança legítima do cidadão.

Nos Tribunais, tanto o Supremo Tribunal Federal - STF como o Superior Tribunal de Justiça - STJ têm interpretado que a Administração Pública está obrigada a reconhecer a supremacia da dignidade da pessoa humana e, dessa forma, agir em consonância com tal princípio.

Sugerimos como fonte de pesquisa futura que se faça um levantamento quantitativo e qualitativo de como os tribunais de justiça têm tratado o tema.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão Provisória para debate público. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 15892**, Relator Min. Luiz Gallotti, Tribunal Pleno, Diário de Justiça, Brasília, 09 mar. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 221 MC**, Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, Diário de Justiça, Brasília, 22 out. 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pet 2900 QO**, Relator Ministro Gilmar Mendes, 2ª Turma, Diário de Justiça, Brasília, 01 ago. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 22357**, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Diário de Justiça, Brasília, 05 nov. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 24268 ED**, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Diário de Justiça, Brasília, 09 jun. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 28469** AgR-segundo, Relator Ministro Dias Toffoli, Relator p/ Acórdão: Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, Acórdão Eletrônico, Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 09 maio 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 59251**, Relator Ministro Clóvis Ramallete, 1ª Turma, Diário de Justiça, Brasília, 04 dez. 1981.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 201600415340**, NS, Relator Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, Diário de Justiça Eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, 18 abr. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. **AC 0013201-60.1991.4.01.9199 / GO**, Relator Juiz Fernando Gonçalves, Terceira Turma, Diário de Justiça, p.38220, Brasília, 19 nov. 1992.

CALMES, Sylvie. Du principe de protection de la confiance legitime en droits allemand, **Comunnautaire et Français**, Paris, Dalloz, 2001.

COUTO E SILVA, Almiro do. A Responsabilidade Pré-Negocial no Direito Administrativo Brasileiro, **RDA**, n. 217, 1999.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

FREITAS, Juarez. Administração pública deve aplicar a lei fundamental de ofício e deixar de aplicar regras inconstitucionais, quando cumpri-las significar improbidade por quebra de princípios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 258, p. 141-167, set./dez. 2011.

MODESTO, Paulo. Autovinculação da administração pública. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 29, abr./jun. 2010.



# O DIREITO A LIBERDADE DE EXPRESSÃO QUANTO AO VESTUÁRIO

Diego dos Santos Vicentini Ribeiro

## RESUMO

O presente estudo busca demonstrar as incongruências de determinadas regras de condutas sociais, principalmente no tocante às vestimentas e os preconceitos consequentes da utilização de determinado vestuário ou não, abordando também as questões que levariam a imposição de determinado padrão em determinado ambiente e se tais determinações não ferem a autodeterminação do indivíduo e a liberdade de expressão.

**Palavras-chave:** Liberdade de Expressão. Padrões Sociais. Autodeterminação.

## ABSTRACT

The present study seeks to demonstrate the inconsistencies of certain rules of social behavior, especially regarding the clothes and the prejudices resulting from the use of certain clothing or not, also addressing the issues that would lead to the imposition of a certain standard in a given environment and if such determinations do not Affect the individual's self-determination and freedom of expression.

**Keywords:** Freedom of Expression, Social Patterns; Self-determination

## 1 INTRODUÇÃO

Em pleno século XXI onde a liberdade de expressão já foi por diversas vezes consagrada como direito fundamental, inclusive constante no rol do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira, ainda é recorrente a ocorrência de casos ferindo tal principio, impondo aos indivíduos regras que ultrapassam o convívio social e atingem tão somente a singularidade de cada um, cometendo, dessa forma, vertentes ilegalidades.

## 2 INDIVÍDUO E SOCIEDADE

Como bem se sabe, a vida em sociedade é um objetivo perseguido desde o próprio surgimento do homem, dividir as tarefas, ajuda nas caçadas, além de uma maior chance de resistência em casos de ataques ao seu grupo, mostravam-se benefícios que ultrapassavam a parte onerosa de uma relação social.

Apesar das discussões acerca do surgimento das sociedades, com ou sem a criação de uma estrutura centralizada de Estado, não há dúvidas acerca da organização social dos indivíduos desde os tempos mais remotos.

Nessa esteira, cabe aqui ressaltar os motivos que levaram as sociedades se organizarem de maneira mais ordenada, com a criação de um “órgão” centralizado a fim de tomar as decisões em nome daquele grupo social.

Assim, ainda que num primeiro momento as primeiras sociedades se formaram unicamente por razões de mutualismo às adversidades enfrentadas para sobrevivência, num segundo momento esses grupos de indivíduos passaram a abrir mão de parte de seus direitos a fim de construir um ente maior e responsável pela totalidade dos grupos daquele meio.

Diante disso, vale destacar as teorias contratualistas, que visam, cada uma a seu modo, explicar quais razões levaram os indivíduos a abrirem mão de determinados direitos a fim de uma maior organização e obtenção de benefícios de ordem social e política.

Objetivando ilustrar de maneira bem simples o início da sociedade, Jean-Jacques Rousseau, em seu livro contrato social afirma:

A mais antiga de todas as sociedades, e a única natural, é a da família. As crianças apenas permanecem ligadas ao pai durante o tempo necessário que dele necessitam para a sua conservação. Assim que cesse tal necessidade, dissolve-se o laço natural. As crianças, eximidas da obediência ao pai, o pai isento dos cuidados devidos aos filhos, reentram todos igualmente na independência. Se continuam a permanecer unidos, já não é naturalmente, mas voluntariamente, e a própria família apenas se mantém por convenção<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**, p. 11. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

Ora, conforme se observa do trecho acima o ponto basilar da vida em sociedade é a escolha e a convenção das partes de se estabelecerem daquela maneira, e prossegue:

Eu imagino os homens chegados ao ponto em que os obstáculos, prejudiciais à sua conservação no estado natural, os arrastam, por sua resistência, sobre as forças que podem ser empregadas por cada indivíduo a fim de se manter em tal estado. Estão esse estado primitivo não mais tem condições de subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse sua maneira de ser<sup>2</sup>.

Dessa forma, surge a necessidade da criação de algo maior que favorecesse ambas as partes, tanto os indivíduos daquela sociedade, que abririam mão de determinados direitos, quanto o Estado, que por sua vez seria detentor de forças coercitivas superiores às vontades individuais, buscando, no caso do estado democrático de direito, atender às expectativas de sua maioria<sup>3</sup>.

Por qualquer dos lados que se remonte ao principio, chega-se sempre à mesma conclusão, a saber, que o pacto social estabelece tal igualdade entre os cidadãos, que os coloca todos sob as mesmas condições e faz com que todos usufruam dos mesmos direitos. Destarte, pela natureza do pacto, todo ato de soberania, isto é, todo ato autentico da vontade geral, obriga ou favorece todos os cidadãos, de maneira que o soberano apenas conheça dos corpos que a compõem. Que é, pois, na realidade, um ato de soberania? Não é um convenio entre o superior e o inferior, mas uma convenção do corpo com cada um de seus membros: convenção legitima, porque tem por base o contrato social; equitativa, porque é comum a todos; útil, porque não leva em conta outro intento que não o bem geral, porque possui como fiadores a força do público e o poder supremo. Enquanto os vassalos estiverem apenas sujeitos a tais convenções, não obedecerão a ninguém, mas unicamente à própria vontade;<sup>4</sup>

Assim, sendo, de acordo com o pensamento de Rosseau o Estado e os indivíduos teriam uma relação tão próxima que os objetivos e pensamentos de um seriam comuns ao outro.

<sup>2</sup> ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**, p. 26. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

<sup>3</sup> ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**, p. 26. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

<sup>4</sup> ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**, p. 46. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

Entretanto, o que deve ser feito quando essa relação se distancia e os interesses dos cidadãos passam a conflitar com os interesses do Estado? Ou quando as diretrizes traçadas deixam uma significativa parcela dos indivíduos insatisfeitos?

### 3 LIBERDADE

Ante todo o exposto no tópico anterior, resta evidente que a liberdade é o cerne de toda a questão do contratualismo, tanto do ponto de vista da cessão desta para a formação do Estado, quanto da relação de liberdade que todos os indivíduos desfrutam dentro daquela sociedade.

Assim, voltando às perguntas feitas anteriormente, Rosseau expõe as seguintes considerações:

Fora desse contrato primitivo, a voz da maioria sempre obriga os demais; é uma continuação do próprio contrato. Pergunta-se contudo, como pode um homem ser livre e, a um tempo, forçado a conformar-se com vontade que não são a sua. De que maneira podem os opositores ser livre e, simultaneamente, submetidos a leis que não foram por eles consentidas?<sup>5</sup>

Ora, mesmo que o indivíduo não concorde com determinada lei, é necessário que, para que faça parte do contrato social e daquela sociedade, ele obedeça e aceite aquela lei, ainda que esta não corresponda com suas vontades.

#### 3.1 Liberdade de Expressão

Mas então as vontades individuais e de minorias devem ser sufocados em detrimento dos interesses das maiorias?

Elemento essencial ao estado democrático de direito, a liberdade de expressão constitui o elemento basilar para que, através da exposição das diversas opiniões sobre determinado assunto, a sociedade possa chegar a um consenso sobre aquela matéria por meio da vontade da maioria, mas sempre, respeitando o diálogo e o debate para chegar a tanto.

<sup>5</sup> ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**, p. 147. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

Nesse passo, a liberdade de expressão se evidencia imprescindível para que a sociedade chegue a uma melhor solução para determinado conflito, eis que tende a expor e debater opiniões diversas sobre determinado assunto.

Anteriormente prevista na Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, e agora no artigo 5º<sup>6</sup>, inciso IX, da Constituição Federal de 1988<sup>7</sup>, a liberdade de expressão e de manifestação de ideias deve ocorrer de modo livre, respeitando, é claro, os eventuais excessos cometidos.

Além da previsão legal na Carta Magna do país, a liberdade de expressão também é consenso em território internacional, sendo, por mais de uma vez, objeto de amparo da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>8</sup>.

Cabe aqui salientar que, conforme dito, a liberdade de expressão de um indivíduo deve ter limites de modo a não ultrapassar a liberdade de outro.

De modo a aproximar tal raciocínio da temática a ser abordada, tenhamos como exemplo a nudez. No Brasil, o artigo 233 do Código Penal Brasileiro<sup>9</sup>, pune “quem praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público”.

<sup>6</sup> Rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal Brasileira.

<sup>7</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2016.

<sup>8</sup> “Art. 3º Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”. “Art. 18 Toda a pessoa tem direito a liberdade de pensamento, de consciência, e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião e/ou convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos.”. “Art. 19 Todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.” Declaração Universal dos Direitos Humanos Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 15 dez. 2016.

<sup>9</sup> Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena - detenção de três meses a um ano, ou multa. BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 15 dez. 2016.

Observa-se que tal diploma exprime os pensamentos da maior parte da sociedade que, por condutas morais, religiosas, ou quaisquer outras, consideram que a nudez em público deve ser algo repreendido.

No entanto, com o passar do tempo, a sociedade brasileira foi alterando o seu pensamento de modo que, a fim de atender aos pensamentos diferentes a essa disposição, passou-se a permitir, em locais específicos e sob determinadas regras de conduta, a nudez<sup>10</sup>.

Ora, claramente tal regulamentação já foi por vezes mais rígida e, aparentemente, atualmente se mostra um pouco mais permissiva de modo a conciliar os diversos pensamentos sobre o assunto.

Assim, de modo a tentar atender as “necessidades”, do maior número de indivíduos, atendendo, inclusive, grupos que não necessariamente representam a maioria na sociedade, as leis estão em constante mudança e devem buscar essa mutabilidade em razão do próprio fluxo evolutivo dos costumes e pensamentos daquela sociedade.

### **3.2 Cultura e autodeterminação**

Neste ponto, faz-se mister apontar também os conceitos de autodeterminação e cultura, eis que estão intrinsecamente ligados ao tema em questão.

A cultura, também citada no ordenamento brasileiro, constitui o conjunto de ideias, artes, crenças, expressões, moral, costumes de determinado povo em determinada época (o exemplo dado acima acerca da possibilidade ou não de se andar nu em determinados ambientes demonstra com bastante clareza a evolução do pensamento da sociedade e sua cultura).

Já a autodeterminação é um conceito fundamental dos direitos humanos e visa garantir que todo povo escolha livremente sua condição política e

---

<sup>10</sup> Por exemplo, as praias de nudismo.

econômica, e o direito de se autogovernar<sup>11</sup>. Também presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a fim de manter a paz mundial e evitar intervenções desnecessárias e garantir a soberania de cada nação.

Em um segundo plano, a autodeterminação possui um grande vínculo com a ideia de liberdade de expressão e também pode ser vista do ponto de vista “individual” em que, o indivíduo tem direito de se manifestar da maneira como bem entender, ressalvadas, mais uma vez, os casos de excesso.

#### 4 PADRÕES SOCIAIS E DISCRIMINAÇÃO

Como dito, o indivíduo tem o direito de se manifestar livremente no espaço social, desde que tal manifestação não invada a liberdade dos demais.

Entretanto, parecem haver circunstâncias que, por convecção, costume, etc. ainda são impostas regras de convivência que ao menos à primeira vista aparentam estar em conflito com tal fundamentação, avançando do campo social para o direito das escolhas singulares do indivíduo.

Nesse sentido, pautaremos nossas considerações acerca das imposições de vestuário realizadas no âmbito do judiciário brasileiro.

Diversos órgãos, no “exercício de sua atribuição”, instituem normas que restringem os trajes que podem ser usados nas dependências, alegando atentar aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e os artigos 125, III, do antigo Código de Processo Civil e 445, do Código Penal Brasileiro<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> SILVA, Emílio Mendonça. **A formação composta do princípio de autodeterminação dos povos**. Disponível em: <<http://www.sullivre.org/a-formacao-composta-do-principio-de-autodeterminacao-dos-povos/>>. Acesso em: 14 dez. 2016.

<sup>12</sup> PCA nº 200910000001233 VESTUÁRIO. RESTRIÇÃO. ACESSO A FÓRUM. PRESERVAÇÃO DO DECORO E DA DIGNIDADE DA JUSTIÇA. 1. Inscreve-se no exercício do poder de polícia, atribuído a Juízes e Tribunais, velar por que se preservem padrões mínimos de dignidade e de decoro no acesso aos órgãos do Poder Judiciário (CPC, art. 125, III, e art. 445, I), desde que tal não implique discriminação sócio-econômica ou denegação de Justiça. 2. Não há mácula de ilegalidade em comunicado de Juiz Diretor do Fórum que impede a entrada nas dependências do Fórum de pessoas com trajes inadequados (calção, short e bermudões) se a norma proibitiva não é rígida e admite exceções em casos de urgência ou de impossibilidade financeira de a parte vestir-se de outro modo. 3. A Constituição Federal veda a discriminação arbitrária, não o tratamento diferenciado ditado pela razoabilidade e justificado pelo padrão médio de moralidade da sociedade. 4. Procedimento de Controle Administrativo julgado improcedente.

Apesar de haver decisão do Conselho Nacional de Justiça permitindo que cada tribunal no país determine as vestimentas “apropriadas” ao ambiente jurídico, tal decisão parece, ao meu ver, invadir a esfera das escolhas pessoais dos indivíduos eis que, as vestimentas de um singular não necessariamente repercutem no desenvolvimento de suas atribuições profissionais.

Como exemplo dessa contradição no direito brasileiro, há que se ressaltar a recente decisão do Supremo Tribunal Federal que, julgou inconstitucional a proibição de tatuagens a candidatos a cargo público estabelecida em leis e editais de concurso público, entendendo como barreira arbitrária que visa impedir o acesso de candidatos a cargos públicos fere os princípios constitucionais da isonomia e da razoabilidade<sup>13</sup>.

Apesar de ter sido um grande passo rumo à eliminar esse tipo de invasão na esfera do indivíduo, ainda parecemos estar distantes desta realidade.

## 5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, observa-se que o embate entre os princípios da proporcionalidade, e o decoro havido em determinadas ocasiões ou situações, com os princípios da liberdade de expressão e autodeterminação do indivíduo, concluindo-se pela sobreposição de um desses lados, a depender da situação real. Ressaltando ainda que, apesar de buscar um equilíbrio que atenda os anseios da sociedade entre os diversos pontos de vista, ainda permanece hoje, a preponderância do decoro de vestuário frente à liberdade de expressar-se.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm) >. Acesso em: 15 dez. 2016.

---

<sup>13</sup> PROIBIÇÃO de tatuagem a candidato de concurso público é inconstitucional, diz o STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=323174>>. Acesso em: 15 dez. 2016.



BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 14 dez 2016.

CALEGARI, Luciano Robinson. **A formação do Estado**. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-formacao-do-estado,29225.html>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 15 dez. 2016.

PASOLD, Cesar Luiz. **Concepção para o Estado contemporâneo**: síntese de uma proposta. Disponível: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32816-40672-1-PB.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2016.

PROIBIÇÃO de tatuagem a candidato de concurso público é inconstitucional, diz o STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=323174>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

ROSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

SILVA, Emílio Mendonça. **A formação composta do princípio de autodeterminação dos povos**. Disponível em: <<http://www.sullivre.org/a-formacao-composta-do-principio-de-autodeterminacao-dos-povos/>>. Acesso em: 14 dez. 2016.

# LIBERDADE RELIGIOSA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM CAMINHO DE EVOLUÇÃO SOCIAL

Elbem Cesar Nogueira Amaral Junior<sup>1</sup>

## RESUMO

Este artigo pretende analisar a importância da liberdade religiosa e a consequente liberdade de expressão na evolução da sociedade. A forma dos limites que podem ser impostos à tais liberdades e manifestações do pensamento, de cunho filosófico, ideológico e religioso, bem como os riscos de reestabelecer um Estado Totalitário ao se impor esses limites. Num contexto histórico, traz as contribuições da igreja reformada do século XVI para evolução dos direitos e garantias fundamentais e individuais do cidadão.

**Palavras-chave:** Liberdade. Religião. Expressão. Limites.

## ABSTRACT

This article aims to analyze the importance of religious freedom and the consequent freedom of expression in the evolution of society. The way the limits that can be imposed on such freedoms and manifestations of thought, philosophical, ideological and religious nature, as well as the risks of restore Totalitarian State to impose such limits. In a historical context, it brings the contributions of the Reformed Church of the sixteenth century for development of fundamental rights and individual guarantees of citizens.

**Keywords:** freedom, religion, expression, limits.

## 1 INTRODUÇÃO

Os ideais libertários enfrentados no século XVI, com grande contribuição dada pela Reforma Protestante, trouxeram inúmeros avanços à sociedade ocidental. Primeiramente, a separação do Estado e da Igreja, a limitação dos poderes do monarca, o reconhecimento de direitos e garantias individuais ao cidadão, sobretudo, a liberdade de expressão e consciência religiosa.

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito, Advogado. Aluno do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB/ICPD. SEPN 707/907 - Campus do UniCEUB - Asa Norte - Brasília - DF - CEP 70790-075. Email: ecesarjunior@hotmail.com

Com tais avanços, o Estado não pode simplesmente retroceder limitando a liberdade de manifestação do pensamento e de expressão dos movimentos ideológicos ou mesmo pessoais, por serem eles elementos fundamentais para a conformação social e evolução das liberdades, sob a pena de se recriar o totalitarismo estatal.

Mas até que ponto ou em quais circunstâncias pode-se manifestar e expressar os pensamentos individuais sem que firam direitos alheios? Ou quais são os ambientes adequados a essa manifestação?

Pretende-se avaliar a liberdade parlamentar, a liberdade de culto sob essa perspectiva, bem como a liberdade de manifestações públicas, como o recente caso de protestos em frente à igreja católica contra os ataques em Orlando. E ainda, os possíveis resultados de uma manifestação descuidada e temerária, que pode provocar injustiças, como a acusação indevida e perseguição ideológica ou religiosa.

## 2 INFLUÊNCIAS DA REFORMA PROTESTANTE PARA A LIBERDADE RELIGIOSA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Sabe-se que na antiguidade, nenhum homem possuía direitos individuais. Fustel de Coulanges registra que “o homem nada tinha de independente. O seu corpo pertencia ao Estado e era destinado à sua defesa [...] Sua fortuna estava sempre à disposição do Estado. [...] A pessoa humana tinha bem pouco valor perante essa autoridade santa e quase divida que se chamava *pátria ou Estado*”<sup>2</sup>. Diferentemente o povo hebreu que, sob a regência da lei mosaica, constituída pelo próprio Deus, revelada no Pentateuco<sup>3</sup>, desde seus mais remotos registros tinham na sua organização social o direito à propriedade individual, garantias fundamentais, em razão de serem humanos

<sup>2</sup> COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2005. Livro Terceiro, XVIII, p. 248.

<sup>3</sup> Pentateuco é a coleção dos cinco primeiros livros do velho testamento bíblico (Gênesis, Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio), onde estão inseridos o relato da criação e as leis fundamentais do povo hebreu.

criados à imagem e semelhança de Deus e, por isso, deveriam se respeitar mutuamente com toda dignidade e igualdade<sup>4</sup>.

A progressão da revelação bíblica, sem dúvida trouxe ainda maiores contribuições à noção de dignidade e liberdades humana. Os ideais de igualdade, dignidade entre os homens, respeito e amor ao próximo se consolidaram nos ensinamentos de Cristo, que, além de afirmar o valor do ser humano, instituir uma fé e uma religião, reconheceu a fundamental importância do Estado e a necessária submissão dos cidadãos à sua autoridade, como imperativo da própria organização social.

Fundamentados nessa doutrina bíblica é que pensadores como o Apóstolo Paulo de Tarso, Santo Agostinho de Hipona, São Tomás de Aquino e João Calvino trouxeram inúmeras contribuições para o direito moderno e, sobretudo, para as garantias e liberdades humanas fundamentais, objetivando a obediência aos ensinamentos bíblicos, bem como a valorização do ser humano, e não meramente com ideais políticos e partidários como muitos o fizeram durante as grandes revoluções. Nos ateremos a este último reformador protestante, por serem seus estudos contemporâneos ao reconhecimento ocidental dos direitos humanos.

João Calvino, ao disseminar seus ideais reformadores da igreja e da sociedade como um todo, atreve-se a pregar em favor da dissociação do Estado e da Igreja Católica Romana, tão influente em sua época. Em sua obra denominada “Institutas da Religião Cristã”, o teólogo francês tece reflexões sobre a importância do Estado e o dever de submissão que todo cidadão possuía com relação ao Rei, como uma forma de obediência ao próprio Deus. Contudo, advoga pelo direito à liberdade religiosa em favor de todos os homens. Em sua doutrina cristã, João Calvino afirma que a fé não pode ser imposta por nenhum homem ao seu semelhante, pois essa é fruto da exclusiva atuação do Espírito Santo que convence o indivíduo acerca do conhecimento de Deus. Assim, uma de suas conclusões é de que a religião não pode se impor, apenas se

---

<sup>4</sup> BIÉLER, André. **O pensamento econômico e social de Calvino**. 2. ed. Tradução de Valdyr Carvalho Luz. São Paulo: Cultura Cristã, 2012.

proclama. O resultado da pregação e o convencimento é fruto da pura ação divina<sup>5</sup>.

De fato, por vários séculos, monarcas e clérigos utilizavam-se da fé para legitimar-se e perpetrar-se num poder absoluto e inquestionável. Daí a razão pela qual a Igreja permanecia junto ao Estado. Entretanto, os ideais proclamados pela reforma protestante buscava um retorno às escrituras sagradas com um voto de fidelidade aos ensinamentos de Cristo, não com uma forma de aquisição de poder e manipulação dos povos, mas em busca da liberdade através do conhecimento e pelo o exercício de uma fé sincera. Sob essa perspectiva, John Locke afirma que a liberdade religiosa passa a ser vista como uma questão privada. A Igreja passa a ser entendida como uma comunidade autônoma de crenças, separada do Estado, ligada por sua fé a uma religião, torna-se uma sociedade civil pública e socialmente relevante, contudo, a parte do Poder Estatal<sup>6</sup>.

Tais ideias sustentadas por alguns cristãos protestantes do século XVI e pelos pensadores iluministas e filósofos do liberalismo, alimentaram as revoluções inglesas, de 1668; americana, de 1776; e francesa, de 1789, resultando no movimento do constitucionalismo liberal-democrático em que se assegurava a soberania popular, direitos e garantias fundamentais e individuais, dentre eles a liberdade de crença religiosa e de expressão. Sob esses fundamentos foram redigidas a Constituição da Virgínia, em 1776 e a Constituição dos Estados Unidos, em 1787, documentos precursores das liberdades religiosa e de expressão<sup>7</sup>.

Wayne Grydem e Barry Asmus asseveram que a própria fé cristã faz essa distinção entre o Estado e a Religião, não podendo se impor a ninguém uma religião específica. Segundo eles, “a liberdade total de religião deve ser o primeiro princípio sustentado e defendido por cristãos que procuram

<sup>5</sup> CALVINO, João. **As Institutas**. 2.ed. Tradução de Waldir Carvalho Luz. São Paulo: Cultura Cristã, 2006.

<sup>6</sup> MACHADO, Jónatas E. M. **Estado constitucional e neutralidade religiosa: entre o teísmo e o (neo) ateísmo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

<sup>7</sup> SOARES, Dilmanuel de Araújo. **Direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso social**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

influenciar o governo”, e que o próprio Cristo havia feito essa distinção ao ensinar: “Daí a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus” (Evangelho segundo Mateus, capítulo 22.20,21). Não se trata de mero dever de tributo, mas a afirmação de que sobre a vida do cristão haveria duas esferas de influência – a religião e o governo.

Contudo, o fato de não se ter uma religião oficial do governo que obrigue a todos os cidadãos, também não implica em dizer ausência total de religião ou o impedimento da influência dos pensamentos ou cosmovisões religiosas nas tomadas de decisões estatais. Afinal, a própria ideia de liberdade e igualdade entre os homens consiste no direito que a todos assiste de expressar suas opiniões e lutar por suas convicções morais, buscando aplicar aquilo que entende mais justo, adequado e necessário à coletividade e ao Estado do qual faz parte. Expressar uma opinião em público e defendê-la, qualquer que seja ela, ainda que com fundamentos meramente religiosos, não é obrigar as pessoas a aceitá-la!

Sob esses fundamentos foram erigidos os Estados Liberais - Democráticos, independentes, com especial destaque à Constituição Americana, precursora de tais direitos:

No curso dos acontecimentos humanos, quando se torna necessário que um povo rompa os laços políticos que o ligavam a outro e adote, entre os poderes da terra, a condição separada e igual a que lhe dão direito as leis da natureza e do Deus da natureza, o respeito devido às opiniões dos homens exige que esse povo declare as causas que o impelem à separação.

Consideramos que essas verdades são autoevidentes, que todos os homens são criados iguais e são dotados pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade. Acreditamos que, para assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens.”

A Primeira Emenda à Constituição, assim declarou: “O Congresso não criará nenhuma lei para estabelecer uma

religião, proibir o livre exercício da religião ou reduzir a liberdade de expressão”.<sup>8</sup>

Nesse aspecto, também a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 consolidou o entendimento de que constitui fundamento da República, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político (artigo 1º, incisos II; III e V); sendo um dos seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos (artigo 2º, incisos I e IV). A dignidade da pessoa humana está alicerçada nas liberdades individuais e na igualdade entre todos, daí ser um dos objetivos da república. Além do que, para que haja o exercício pleno da cidadania e o pluralismo político, deve haver liberdade de consciência e de expressão, ideológica ou religiosa, a fim de que o indivíduo possa contribuir pessoalmente na formação do Estado do qual faz parte. Para isso, são asseguradas também os direitos individuais e coletivos no artigo 5º, onde se afirmar que “todos são iguais”, garantindo-se “a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade”, sendo “livre a manifestação do pensamento” (inciso IV), e “inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias” (inciso VI), constando em seu preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.<sup>9</sup>

Destarte, como falar em formação de um Estado Democrático, liberalismo, garantias individuais, igualdades e pluralismo sem garantir-se a

<sup>8</sup> GRUDEM, Wayne; BARRY, Asmus. **Economia e política na cosmovisão cristã**: contribuições para uma teologia evangélica. Tradução de Marcio L. Redondo e A. G. Mendes. São Paulo: Vida Nova, 2016.

<sup>9</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05.10.1988: Vade Mecum RT. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

liberdade de expressão e a liberdade religiosa? E em que medida tais liberdades podem ser exercidas sem ferir outras liberdades? São questionamentos de constantes embates e que merecem cuidado especial.

### 3 IMPORTÂNCIA E LIMITES ÀS LIBERDADES

Veja que a própria religião cristã, sobretudo a igreja reformada protestante da Europa, foram personagens de suma importância para a consolidação dos direitos e liberdades individuais e para a separação entre o Estado e a fé. É, portanto, no mínimo absurdo que, na atualidade, o Estado queira se utilizar exatamente da separação entre governo e a religião, para tentar fazer calar a opinião do grupo ideológico que mais contribuiu para essa conquista, qual seja, a própria Igreja Cristã, tentando tolher-lhe o pensamento, a liberdade de expressar-se publicamente, bem como de ter qualquer participação política, sob o argumento de que o Estado deve ser laico. Ora, laicidade não tem a ver com ausência completa de fé ou mesmo total abstenção de influências de ideologias religiosas.

Como citado acima, a simples expressão e manifestação do pensamento ou opinião religiosa em público, não significa obrigar as pessoas a aceitá-la, até porque, argumentos e fundamentos podem ser expostos e ensinados, mas sua aceitação como verdade ou parâmetro para comportamento social e elaboração das leis depende única e exclusivamente do ouvinte-cidadão. No Estado Democrático de Direito, que é fruto do liberalismo, as leis se contrapõem à concepção absolutista, e uma de suas características mais básicas é a proclamação dos direitos individuais. Esses, que são valores indissociáveis do ser humano, necessários à cidadania e à dignidade da pessoa, somados ao pluralismo político e a diversidade de opiniões públicas dos diferentes segmentos sociais, formam o Estado Brasileiro e suas leis. Essa ideia é decorrente da concepção de soberania popular, onde o titular do poder é o próprio povo. Sem dúvida, os grupos religiosos, com suas crenças e valores



morais se encontram dentre conceito de povo, e por isso, são também atores fundamentais para a formação nacional<sup>10</sup>.

Alguns autores subdividem a liberdade de pensamento em liberdade de consciência e em liberdade de exteriorização do pensamento. A primeira englobaria a crença e as convicções filosóficas e ideológicas de foro íntimo do indivíduo. Enquanto a segunda, é a manifestação externa desses pensamentos que, no caso da crença religiosa, é traduzida na liberdade de culto ou liberdade de opinião, no caso de consciência filosófica e ideológica. A atual Constituição brasileira garante a total liberdade de consciência e crença, pois é impossível que o Estado regule ou interfira no pensamento humano. Entretanto, a exteriorização desse pensamento é de certo modo regulada, pois nenhuma liberdade é absoluta, deve ser pautada de forma a não ferir a liberdade de outros, sendo esse o limite, o bem e respeito à integridade do próximo.

Afirmar que existem limites à liberdade de expressão do pensamento, quer seja no campo ideológico, filosófico ou religioso, não implica dizer que exista censura ou óbice total à manifestação do pensamento. A própria Constituição de 1988 veda qualquer tipo de censura ou licença prévia à manifestação do pensamento, em seu artigo 5º, inciso IX, bem como no artigo 220, §2º.<sup>11</sup> O que se veda, em especial em relação à liberdade de expressão, é o anonimato. Visando, justamente, responsabilizar o emitente pelos danos que causar aos direitos de outrem. Nesse sentido é a disciplina do artigo 13 do Pacto de San José da Costa Rica, Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969. Assim, os limites à liberdade de expressão do pensamento, incluindo a fé religiosa, só existem quando ferem direitos alheios ou propagam ódio.

Nesse ponto, suscita-se um embate. Como e em quais situações a expressão do pensamento ideológico, filosófico ou religioso pode ser considerada um ato de lesão aos direitos de outrem ou mesmo propagação de ódio?! Sem dúvida, tal questionamento não pode ser de pronto respondido ou

<sup>10</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

<sup>11</sup> PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

mesmo esgotadas todas as suas possibilidades, pois teriam que ser analisados a cada caso concreto. Portanto, pretendo analisar em poucas linhas, sob três aspectos: (i) o debate acadêmico e científico; (ii) o discurso parlamentar e judicial; (iii) a pregação religiosa.

Quanto aos três ambientes apontados, entendo haver uma ampla e irrestrita liberdade na expressão do pensamento e do conhecimento, haja vista que são ambientes privados de discussão, onde se busca justamente a contraposição de ideias com intuito de se alcançar um senso comum, ou, ainda, por se tratar de um ambiente privado onde pessoas, voluntariamente, se congregam com uma mesma fé e ideal, não sendo ninguém obrigado a permanecer ou associar-se ao grupo.

No primeiro deles, o âmbito acadêmico e científico, busca-se um denominador comum ou a verdade comprovada, através dos debates e pesquisas. Tolher o pensamento, a expressão ou as ações de estudiosos dos mais diversos assuntos é provocar uma estagnação à toda e qualquer ciência, causando um atraso no desenvolvimento da própria sociedade. O acadêmico que ingressa em uma pesquisa ou debate filosófico - ideológico deve se despir de questões meramente pessoais e das cargas emocionais que o ligam ao tema. Ao atuar na busca do conhecimento, o pesquisador não pode se colocar como alvo de sua pesquisa, deve se abster do seu “eu”, pautado no raciocínio lógico e na autonomia intelectual, se almeja o alcance da verdade. Deve possuir um espírito crítico e empreendedor, que confronte os seus próprios pensamentos, a fim de desenvolvê-los. Tendo sempre em mente que o fim da sua pesquisa é a sociedade e o mundo científico, e não ele mesmo com características pessoais. Necessário para isso, assumir um papel de humildade em busca do conhecimento, ainda que o resultado possa lhe contrariar as opiniões pessoais. Se todos que se aventuram no ambiente do debate e da pesquisa se portarem dessa maneira, não há que se falar em lesão a direitos pessoais, ódio ou discriminação, apenas em prospecções e hipóteses.

Para garantir essa liberdade em ambientes acadêmicos, a Constituição afirma como princípio do ensino brasileiro, a “liberdade de aprender, ensinar,

pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino”, conferindo às Universidades a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial<sup>12</sup>. Entretanto, falta ainda uma forma efetiva de se garantir que não só as Universidades tenham tal autonomia com relação ao Estado, mas também aos alunos e orientandos, tenham o direito de discordar de seus professores de forma livre.

Em relação ao debate político, a imunidade parlamentar material garantida pela Constituição Federal no artigo 53 viabiliza a ampla liberdade de expressão da opinião dos representantes do povo. Ora, o Congresso Nacional é uma casa própria de debates. É ali que se formam as leis e se consolidam a vontade popular acerca dos rumos da Nação. Os congressistas são os mais altos representantes do povo brasileiro. Escolhidos pelos votos, devem defender os interesses dos grupos de eleitores que lhe outorgaram os seus mandatos. Ali realizam os debates necessários para equalizar a vontade popular. Para que exerçam com liberdade e total independência as funções constitucionais que lhe são atribuídas, os parlamentares devem ter amplo e irrestrito direito de emitir suas opiniões. Somente assim, poderão “representar com fidelidade e coragem, os interesses do povo e do país”. Contudo, essa liberdade é uma prerrogativa de função e não pessoal do parlamentar, portanto, deve ser exercida somente no desempenho de suas atribuições constitucionais, no ambiente parlamentar<sup>13</sup>.

Ora, querer restringir tais garantias parlamentares, quando exercidas em razão da função, ainda que sob o argumento de incitação ao ódio, apologia a qualquer tipo de ideologia, é querer limitar a própria vontade popular dos grupos que elegeram seus representantes. Seria, portanto, retirar a voz do próprio povo, detentor absoluto do poder. O que, certamente, constituiria num retrocesso ao totalitarismo estatal. Se no Estado Democrático de Direito o povo

---

<sup>12</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05.10.1988: Artigos 206, incisos II e III, e 207: Vade Mecum RT. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

<sup>13</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

é soberano, não cabe às instituições por ele estabelecidas, querer limitar o seu próprio poder!

Por fim, a liberdade de expressão na pregação religiosa é, sem dúvida, fator essencial para a formação do pensamento social. O homem, na completude do seu ser, é influenciado e movido por suas convicções espirituais e por sua fé, ainda que não seja em um deus, em uma religião, ou mesmo na fé de que nada disso existe, o que não deixa de ser uma crença, o que poderia ser chamada de uma “religião” ateuista, concebida aqui como corrente filosófica e não religião propriamente dita. Certo é que, a laicidade do Estado, conquistada predominantemente na Reforma Protestante do século XVI, assegura que não deve haver uma religião oficial que a todos obrigue. Pelo contrário, permite que cada indivíduo exerça sua crença, expressando-a e até mesmo ensinando a outros. A toda evidência, a fé ou mesmo a descrença, influencia a forma de agir e pensar do cidadão e este, como tal, possui pleno direito de querer influenciar a sua comunidade ou o seu país, a partir de suas convicções. Foi assim que a sociedade ocidental moderna alcançou tais liberdades, através de religiosos que lutaram pelo direito de discordar do Estado Absolutista.

Contudo, mesmo a Constituição de 1988, apesar de ter estabelecido a laicidade no Estado Brasileiro, ainda agiu de forma tímida, ao tratar das liberdades religiosas. Não basta apenas garantir ao cidadão o direito de crer ou filiar-se a alguma religião, ou mesmo a nenhuma delas. É preciso garantir-lhe o direito de agir, em todas as áreas de sua vida, de acordo com a transcendência de suas convicções, conferindo verdadeira liberdade, desde que não fira direitos alheios. Daí o teor do inciso VIII do artigo 5º que, ao estabelecer a liberdade de crença religiosa, filosófica ou política, garantiu que “ninguém será privado de direitos” pela chamada escusa de consciência ou objeção de consciência. Entretanto, a liberdade de agir segundo a convicção foi restringida, quando se trata de obrigação legal a todos imposta.

Ora, razão pela qual, pode-se considerar a liberdade religiosa, filosófica ou política restringida no ordenamento brasileiro, já que, por exemplo, se uma lei elaborada pelo congresso contraria os dogmas de determinado credo, os

seus seguidores certamente serão perseguidos por não quererem agir conforme a lei a eles imposta. A toda evidência, nem toda lei, ainda que regulamente editada, expressa a justiça social ou mesmo a vontade soberana da nação. E, porque obrigar minorias com os desejos impostos legalmente pela maioria? Pior ainda, com as já mencionadas e cada vez mais crescentes políticas de apoio às minorias, porque obrigar a maioria da população agir contrariamente às suas convicções em obediência à “ditadura das minorias”? Como resolver tais embates? Alguns podem alegar serem tais imperativos necessários para que haja uma sociedade organizada. Todavia, certamente, em uma sociedade civilizada, respeito às opiniões diversas não implica, necessariamente, em concordância, aceitação ou mesmo dever de agir em prol do próximo. A verdadeira liberdade social consistiria em cada qual agir conforme a sua consciência sem atingir o direito e a consciência do outro.

Logo, as expressões das convicções individuais devem ser asseguradas não só na forma de culto em seus locais adequados, mas no direito de pregar a sua fé a todos quantos queiram ouvi-la e partilhar dela, aceitando-a ou não, mas conferindo ainda a cada indivíduo a autonomia necessária para que conduza sua vida pessoal, bem como sua vida pública, conforme suas convicções religiosas, filosóficas, ideológicas ou políticas.

#### **4 TOTALITARISMO: O FIM DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

Fato é que, todos os seguimentos sociais, no uso de suas liberdades de pensamento e expressão – filosófica, ideológica ou religiosa – quando coexistentes em um Estado Social, acabam buscando impor suas convicções pessoais por meio do debate, da ciência, da legislação e, por vezes, com o uso da força e violência. Em todos os casos, seja qual for a ideologia ou fé, ainda que num sistema de estado democrático de direito, por meio de processos legislativos seguros e pluralistas, um segmento se sobreporá a outro. Até mesmo grupos minoritários, hoje, por meio das políticas de inclusão, acabam impondo suas vontades sobre a maioria, por meio da crescente “ditadura das minorias”. Verdade é que, dificilmente, quando se trata do império da lei e do

Estado, haverá liberdade individual plena. De uma maneira ou de outra, o totalitarismo estará presente, conduzindo a vida dos particulares.

A ideia do Totalitarismo e dos regimes ditatoriais pretende exterminar todo aquele que possui pensamento divergente do governante. Buscam extinguir toda e qualquer liberdade ao ser humano, em nome do poder absoluto e sua perpetuação. Para isso, utilizam-se do império da lei, da violência, da dependência econômica, e, se possível, da obediência emocional, religiosa e ideológica ao Estado. Através de políticas dirigistas, estatizantes e intervencionistas, o Totalitarismo invade a esfera particular dos cidadãos, torna-o dependente financeiramente, ideologicamente, filosoficamente e até mesmo religiosamente do poder Estatal, tudo com o intuito de perpetuar-se no poder.

A supressão da liberdade de expressão, de opor-se ao pensamento ideológico do governo, seja ele qual for, é, sem dúvida, um meio de extinguir toda e qualquer oposição a ele, tendo como resultado o poder absoluto concentrado nas mãos de um único ser ou um grupo ideológico. E, com toda certeza, a imposição de limites à liberdade religiosa é um instrumento eficaz a esse objetivo. Interferir na própria fé dos cidadãos, é alvo de qualquer sistema manipulador<sup>14</sup>.

## **5 DIREITO DE PROPRIEDADE: O MECANISMO EFICAZ PARA VERDADEIRA LIBERDADE RELIGIOSA E DE EXPRESSÃO.**

Diferentemente das demais liberdades, como a religiosa e de expressão do pensamento ideológico, filosófico ou político, o direito de propriedade é uma garantia individual mais concreta.

O Estado jamais conseguirá conhecer o íntimo da mente humana. Portanto, nunca saberá se suas ações são motivadas pela escusa de consciência da fé ou por interesses materiais. Assim, cada vez que houver um embate entre a liberdade de consciência ou liberdade religiosa e outro direito ou garantia

---

<sup>14</sup> FERREIRA, Franklin. **Contra a idolatria do Estado**: o papel do cristão na política. São Paulo: Vida Nova, 2016.

fundamental, o Estado será obrigado a suprimir um direito com relação a outro, acabando, na maioria das vezes, limitando a liberdade de expressão e a liberdade de consciência religiosa. É o caso da segunda parte do inciso VIII do artigo 5º da Constituição, que prevê a possibilidade de se impor a perda de direitos àqueles que escusarem de cumprir obrigação a todos imposta por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política.

Contudo, se não há a intervenção do Estado na propriedade privada, ou se há, que seja ela uma intervenção mínima contra injustiças, os cidadãos estarão livres para exercerem, nos limites dos seus bens, aquilo que lhes parecerem melhor, de acordo com sua consciência e fé.

Ora, se a todos é garantido o direito de propriedade, a liberdade de contratar ou associar-se ou não a determinada empresa, pessoa, entidade ou religião, pela autonomia da vontade, estar-se-á garantindo o respeito que cada um deve ter para com a opinião alheia. De sorte que, se o indivíduo não se simpatiza com determinada corrente religiosa, filosófica, ideológica ou política, que não se associe a nenhuma das instituições que professem aquele pensamento. É o caso, por exemplo, daqueles que não desejam que seus filhos recebam o ensino religioso na escola, têm a plena liberdade em não matricularlos em escolas particulares de confissão religiosa. Caso o façam, estarão se sujeitando às normas da instituição. Ou ainda, o exemplo de uma entidade religiosa americana que se recusou a oferecer no plano de saúde de seus funcionários com cobertura médica para o aborto. Sendo direito de propriedade da instituição, não há que alegar sua consciência religiosa. E, caso o funcionário que não concorde, que não trabalhe naquela entidade<sup>15</sup>.

A ideia, portanto, é de que o Estado não interfira na propriedade privada, permitindo que cada indivíduo haja, nos limites de seus bens pessoais, de acordo com sua convicção. O Poder Estatal serviria apenas para conter o avanço injusto e abusivo de um indivíduo sobre a propriedade do outro, bem como no

---

<sup>15</sup> MCMACKEN, Ryan. **Liberdade religiosa e liberdade de expressão só são possíveis quando há direitos de propriedade.** Artigo publicado em 30/05/2016. In: Instituto Ludwig Von Mises Brasil. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2416>>. Acesso em: 4 jul. 2016.

dever de oferecer à toda coletividade o mínimo necessário para que possa exercer o seu direito individual de propriedade e, conseqüentemente, as suas liberdades religiosas e de expressão.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destarte, aparente solução para a garantia das liberdades é por meio da autonomia da vontade e o respeito à iniciativa e propriedade privada. O papel essencial do Poder do Estado é criar um ambiente harmônico na sociedade, viabilizando que todos tenham acesso a serviços e recursos essenciais à vida humana, mantendo a ordem e o funcionamento das áreas públicas e atividades que todos utilizam, criando leis a fim de evitar a fraude, a lesão ao próximo e punindo as injustiças.

Não se trata de prover todas as necessidades dos seres humanos, até porque, o Estado e seus recursos não seriam capazes de fazê-lo. É necessário que haja uma interferência mínima, assegurando apenas que não sejam cometidas injustiças e que todos tenham oportunidades de exercerem suas profissões, atividades privadas, produzam e, sobretudo, dirijam suas vidas com autonomia, liberdade e livre consciência do que é melhor para si e para sua família, respeitando sempre o direito dos seus semelhantes para que tenham as mesmas garantias.

Em uma breve análise, um tanto superficial, sobre as liberdades e garantias individuais conquistadas ao longo dos últimos séculos, traduzidas na dignidade da pessoa humana, conclui-se pela necessária e indispensável manutenção das liberdades de consciência, religiosa, filosófica, ideológica, e, sobretudo, de expressão desses pensamentos, traduzidas na efetivação dos direitos de propriedades materiais e imateriais, sobre o próprio corpo e sobre os seus bens, a fim de que o homem seja verdadeiramente livre nas suas relações com o Estado. Por essas razões lutaram os reformadores protestantes e puritanos dos séculos XVI e XVII, em busca da liberdade da fé, da consciência, da expressão, e da propriedade privada de cada indivíduo com relação ao Estado absolutista-totalitário.



## REFERÊNCIAS

BIÉLER, André. **O pensamento econômico e social de Calvino**. 2.ed. Tradução de Valdyr Carvalho Luz. São Paulo: Cultura Cristã, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05.10.1988: Vade Mecum RT. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CALVINO, João. **As institutas**. 2.ed. Tradução de Waldir Carvalho Luz. São Paulo: Cultura Cristã, 2006.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2005. Livro Terceiro, XVIII, p. 248.

FERREIRA, Franklin. **Contra a idolatria do Estado: o papel do cristão na política**. São Paulo: Vida Nova, 2016.

GRUDEM, Wayne; BARRY, Asmus. **Economia e política na cosmovisão cristã: contribuições para uma teologia evangélica**. Tradução de Marcio L. Redondo e A. G. Mendes. São Paulo: Vida Nova, 2016.

MACHADO, Jónatas E. M. **Estado constitucional e neutralidade religiosa: entre o teísmo e o (neo) ateísmo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MCMAKEN, Ryan. **Liberdade religiosa e liberdade de expressão só são possíveis quando há direitos de propriedade**. Artigo publicado em 30/05/2016. In: Instituto Ludwig Von Mises Brasil. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2416>>. Acesso em: 04 jul. 2016.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOARES, Dilmanuel de Araújo. **Direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso social**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

# DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET

Giovanna Capucho Campana<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo pretende analisar o direito ao esquecimento na internet. A matéria que ainda não é pacificada no ordenamento jurídico brasileiro é inserida no rol dos direitos fundamentais constante na Constituição Federal, e o que se objetiva é demonstrar como a inserção de dados na internet e as informações dos usuários são utilizadas, uma vez que, não existe completo domínio do canal de comunicação e números incontáveis de arquivos disponíveis. A partir de um exame dos questionamentos e controvérsias acerca do tema, serão explorados os conflitos existentes entre os direitos fundamentais envolvidos e como a lei do Marco Civil vem regulando este novo conceito.

**Palavras-chave:** Direito ao Esquecimento. Internet. Direitos Fundamentais. Marco Civil.

## ABSTRACT

The present article intends to analyze the right to oblivion on the Internet. The subject that not yet pacified in the Brazilian legal system is inserted in the list of fundamental rights contained in the Federal Constitution, and what is objected is to demonstrate how the insertion of data on the internet and the information of the users are used, since, there is complete mastery of the communication channel and countless numbers of available files. From an examination of the questions and controversies about the subject, the conflicts between the fundamental rights involved will be explored and how the law of the Civil Code regulates this new concept.

**Keywords:** "Right to be forgotten". Internet. Fundamental rights. Civil Marco.

## 1 INTRODUÇÃO

---

<sup>1</sup> Advogada, aluna integrante do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito – Novas Tendências do Direito Público, do Centro Universitário de Brasília - Instituto Ceub de Pesquisa e Desenvolvimento. E-mail: giovanna.campana@gmail.com

O Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil<sup>2</sup>, promovida pelo Conselho de Justiça Federal em 2013 trouxe para a atualidade a matéria referente ao presente artigo. Em sua edição, o direito ao esquecimento passou a ser incluído na tutela dos direitos fundamentais, mais especificamente do direito à privacidade, estabelecendo que seja direito de todo cidadão não ser lembrado eternamente por atos pretéritos ou situações constrangedoras praticadas.

A problemática gira em torno do fato de que não é possível haver um controle efetivo dos dados que são inseridos na Internet, uma vez que, podem ser de fácil acesso a qualquer pessoa em qualquer parte do mundo, havendo uma grande circulação de conteúdos e exposição de fatos notórios e pessoais, bem como notícias.

O direito ao esquecimento encontra-se diretamente relacionado aos limites do direito à informação e do direito à privacidade. Nesse âmbito, também se encontram uma série de questões ligadas à colisão entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana.

A privacidade tornou-se alvo de grandes problemas na atual sociedade, dado que é difícil prever as consequências do que vai ocorrer depois que dados são inseridos na rede. As informações compartilhadas podem ter as mais diversas formas de repercussão nas esferas de interação social, demonstrando ser um espaço abstrato e de controle pessoal e estatal ineficiente.

Dessa forma, a série de adversidades que envolvem o tema está diretamente relacionada com a rapidez da difusão da informação e a dificuldade de cessação dos conteúdos postados pelo próprio usuário e por terceiros.

Dadas às necessidades advindas da vida em sociedade e o crescente fluxo de informações, em abril de 2014, o Brasil sancionou o Marco Civil da Internet para regular os direitos civis do cidadão brasileiro no espaço digital.

---

<sup>2</sup> Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/821>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

Diante das várias situações que envolvem o tema, é necessário ponderar o que deve ser esquecido por ser privado e o que deve permanecer público por ser de interesse da sociedade, sem deixar de lado o fato de que a liberdade de expressão, a privacidade e os direitos fundamentais dos cidadãos são princípios que não devem ser marginalizados na discussão.

## 2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

### 2.1 Direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem

Antes de adentrar propriamente no conceito de direito ao esquecimento, são necessárias algumas considerações sobre os direitos e garantias fundamentais e uma pequena demonstração de como o instituto chegou ao patamar de tutela constitucional, mesmo não possuindo legislação específica no ordenamento brasileiro.

O direito ao esquecimento encontra-se inserido no âmbito de proteção à privacidade, cuja tutela é extraída dos artigos 5º, X, XI e XII, da Constituição Federal<sup>3</sup> e do artigo 21 do Código Civil de 2002<sup>4</sup>, que baseado em uma interpretação doutrinária, coloca o direito de ser esquecido entre os direitos personalíssimos, referindo-se a um desdobramento do direito constitucional à intimidade e à proteção da imagem.

É importante haver a diferenciação entre os direitos humanos, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade. Segundo Ingo Sarlet:

[...] a designação *direitos humanos* se relaciona às posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, que aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, com evidente caráter internacional. Já a expressão *direitos fundamentais* deve ser reservada aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional numa ordem jurídica, servindo como mecanismo de defesa em face do Estado. Por outro lado, os *direitos da*

<sup>3</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 19 nov. 2016.

<sup>4</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 19 nov. 2016.

*personalidade*, são uma forma de defesa do indivíduo frente ao seu igual, ou seja, frente a outro indivíduo, e estariam fundados no Direito Civil.<sup>5</sup>

Os direitos ligados à personalidade possuem ligação direta com o conceito de ser humano. Assim, os principais atributos dos direitos da personalidade são: seu caráter inato, permanente, personalíssimo, absoluto (*erga omnes*), indisponível, irrenunciável, extrapatrimonial, impenhorável e imprescritível.<sup>6</sup>

No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos da personalidade são protegidos em duas esferas: primeiro no campo da previsão constitucional, com especial fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana; e o segundo plano se dá com as regras da legislação ordinária (penal e administrativa) e, conforme os artigos 11 e 12 do Código Civil de 2002.

O art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, estabelece expressamente que os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem como direitos fundamentais individuais. Na mesma esfera, o artigo 12 do Código Civil estipula pode ser exigida a cessação da ameaça ou lesão a direito da personalidade.<sup>7</sup> Dessa forma, em razão do objeto a ser protegido, a norma prevê não somente a proteção do aspecto moral de cada indivíduo, mas a lesão à personalidade humana que faz com que o indivíduo retorne ao seu *status quo*, de forma que os mecanismos de proteção são utilizados e acionados no momento da violação do direito tutelado.<sup>8</sup>

A honra é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito aos outros cidadãos, a reputação e o bom nome de cada um, sendo direito fundamental do indivíduo ter essas qualidades resguardadas,

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador: Direito Público, ano I, v.1, n. I, abr. 2011, p. 10-11.

<sup>6</sup> MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento**: a proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 30.

<sup>7</sup> Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 14 nov. 2016.

<sup>8</sup> BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**: de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005.

contra tudo àquilo que é contrário à dignidade da pessoa humana.<sup>9</sup> Logo, a ofensa à honra não se limita à divulgação de fatos que não são verdadeiros, uma vez que, a informação verídica fora do contexto também pode causar danos irreparáveis ao indivíduo, ocasionando a responsabilidade do causador.

A imagem trata da tutela do aspecto físico do ser humano que vem a refletir em sua esfera moral, sendo no campo do direito "aquele em que a pessoa tem de não ver divulgado seu retrato sem sua autorização, salvo nos casos de notoriedade ou exigência da ordem pública."<sup>10</sup>

Quanto à intimidade, esta surgiu para proteger a vida familiar e íntima de cada ser humano e, segundo José Afonso da Silva constitui "a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais."<sup>11</sup> Nesse sentido, abrange também a inviolabilidade de domicílio, o sigilo de correspondência e o segredo profissional.

Por fim, dentro do rol de direitos fundamentais a privacidade é o termo mais utilizado na doutrina para conceituar o que acontece na esfera da vida privada de cada indivíduo. Doneda entende que o termo *privacidade* compreende os conceitos de intimidade e vida privada, de maneira que constitui um mecanismo de cidadania.<sup>12</sup>

Dentro do presente tema, a privacidade é considerada um instrumento que envolve o direito do indivíduo ao controle da coleta e da utilização de seus dados pessoais, mesmo sendo pessoas públicas dado que, o simples fato de ser conhecido publicamente não justifica que uma pessoa tenha a sua privacidade invadida, devendo ser protegido o aspecto de sua intimidade.

## 2.2 Liberdade de expressão o direito à informação

A Constituição Federal assegura em seu artigo 5º, incisos IV e IX:

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 206.

<sup>10</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil** 1. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 269.

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 207.

<sup>12</sup> DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção dos dados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 112.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

A liberdade de expressão é entendida como o direito de qualquer pessoa expor suas ideias, pensamentos e opiniões, caracterizando-se como exteriorização dos pensamentos, mas deve ser exercido sem violar a privacidade de outrem. Sérgio Cavellieri Filho compreende a liberdade de expressão como:

[...] é o direito de expor livremente uma opinião, um pensamento, uma ideia, seja ela política, religiosa, artística, filosófica ou científica. A liberdade de expressão nada tem a ver com fatos, com acontecimentos ou com dados ocorridos.<sup>13</sup>

A liberdade de expressão abarca qualquer tipo de opinião ou julgamento sobre qualquer pessoa, coisa ou fato, podendo ser de interesse público ou não. Para a exposição dessas opiniões, podem ser utilizados vários meios que não somente a fala e a escrita, mas também a pintura, escultura, gestos, etc.<sup>14</sup>

A comunicação teve um crescimento exponencial nas últimas décadas, com a disseminação de redes sociais e veículos de informação com notícias do mundo inteiro a cada minuto, por isso a comunicação se tornou uma necessidade fundamental nas sociedades e passou a configurar-se como um novo direito social.

O direito à informação é o direito de a coletividade ter acesso à informação e de informar, como um direito subjetivo por ser uma forma de manifestação do próprio pensamento de cada um, mas que por ser um aspecto

<sup>13</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 144.

<sup>14</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 210.

da liberdade de pensamento, foi considerado pela Constituição Federal como um direito coletivo, de forma que é assegurado a todos o acesso à informação contrapondo-se ao interesse individual da livre manifestação do pensamento veiculado pelos meios de comunicação social.<sup>15</sup>

Desse modo, a liberdade de informação deixa de ter uma mera função individual e passa a adquirir uma função social quando a passa a ser um instrumento de formação de opinião pública.

A Constituição de 1988 não só reconheceu o direito à informação como também proibiu a censura, dessa forma a veiculação das manifestações de pensamento passou a não depender de controle prévio, propiciando a liberdade de expressão.

Não é o Estado que deve estabelecer quais as opiniões que merecem ser tidas como válidas e aceitáveis; essa tarefa cabe, antes, ao público a que essas manifestações se dirigem. Daí a garantia do art. 220 da Constituição brasileira. Estamos, portanto, diante de um direito de índole marcadamente defensiva – direito a uma abstenção pelo Estado de uma conduta que interfira sobre a esfera de liberdade do indivíduo.<sup>16</sup>

No entanto, não significa que a liberdade de expressão não deva se comprometer com os demais princípios presentes na Constituição Federal. Apesar do seu papel de promover a cidadania e importante elemento da democracia, esta é inserida no contexto das liberdades públicas, não sendo um valor isolado no ordenamento jurídico e não possuindo primazia sobre os demais direitos fundamentais.

Certo é, que ao se deparar com uma situação de colisão de direitos e garantias fundamentais, como por exemplo, de direito à informação e direito à privacidade, caberá ao intérprete utilizar-se do instrumento hermenêutico adequado para aplicar a norma jurídica da forma mais justa possível.

<sup>15</sup> GALVÃO, Helder. **Direito de imagem e fotojornalismo**.

<sup>16</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 265.



Dentre as várias ferramentas para solução de conflitos, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade apresenta-se como forma mais adequada de resolução. Principalmente no conflito de interesses citado acima. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald destacam que:

Em casos tais (colisão de direitos da personalidade e liberdade de imprensa), é certa e incontroversa a inexistência de qualquer hierarquia, merecendo, ambas as figuras, uma proteção constitucional, como direito fundamental. Impõe-se, então, o uso da técnica de ponderação dos interesses, buscando averiguar, no caso concreto qual o interesse que sobrepuja, na proteção da dignidade humana. Impõe-se investigar qual o direito que possui maior amplitude casuisticamente.<sup>17</sup>

É notável que o direito à informação e o direito privacidade estarão em constante conflito, devendo a questão ser observada no caso concreto.

### 3 DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento traz o nascimento de uma nova figura da personalidade, com âmbito de proteção distinto dos demais direitos. Mesmo recente, trata-se de um direito independente cujo objeto está ligado à memória individual, que, tal qual a memória coletiva, também é tutelada pelo ordenamento jurídico. O direito ao esquecimento, trata de um direito fundamental que o indivíduo tem de se resguardar daquilo que não deseja rememorar por força da vontade de terceiros.<sup>18</sup>

Assim, o direito ao esquecimento é a possibilidade de defesa que permite a um particular que não autorize a veiculação ou até mesmo que retire desta um fato pretérito que o expõe causando constrangimento, sofrimento e transtornos. É a possibilidade de o indivíduo não mais querer conviver com partes do seu passado que não deseja rememorar e que são trazidas por atores sociais interessados apenas na exploração de fatos já consolidados.

<sup>17</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 160.

<sup>18</sup> MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014, p. 81.

A finalidade do direito ao esquecimento é possibilitar a inserção ético-social do indivíduo na comunidade, por meio da desvinculação do fato a ser esquecido, consistindo basicamente na possibilidade de não se permitir que determinado ocorrido no passado, ainda que verídico, seja exposto *ad eternum*.

No Brasil, o direito ao esquecimento, também conhecido como “direito de ser deixado em paz” ou “direito de estar só”, talvez porque intimamente relacionado ao direito à privacidade, ganhou ainda mais força a partir da sua recente referência na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos do Judiciário do Conselho da Justiça Federal/ STJ, com a aprovação do seguinte enunciado:

ENUNCIADO 531- A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Artigo: 11 do Código Civil

Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.<sup>19</sup>

O tema em questão não trata de simplesmente de apagar fatos pretéritos, mas sim de dar a oportunidade de o indivíduo que está nessa situação, de reescrever a sua história, sem lembranças dolorosas ou constrangedoras do passado. Portanto, a dificuldade que envolve a questão se encontra na aplicação desse direito que ainda não possui balizas claras. Daí porque, a cada caso concreto, serão realizados debates principiológicos para verificar, a partir de uma ponderação de valores, que direito deverá prevalecer e ser aplicado – o direito à privacidade ou o direito à informação.

Ainda que não possua normas expressas, é possível encontrar a matéria fundamentada em alguns dispositivos como: artigo 1º, III, da Constituição

---

<sup>19</sup> Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/821>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

Federal, que traz o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, bem como nos artigos 5º, X, da Constituição Federal e artigo 21 do Código Civil, que asseguram o direito à intimidade, privacidade e à honra de cada indivíduo.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Art. 21 A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.<sup>20</sup>

O conflito existe entre adequar o direito à receptividade do direito ao esquecimento inserido no direito à privacidade, reside em combiná-lo com o direito à informação e liberdade de imprensa e de expressão, que também se encontram no rol de garantias constitucionais, mas vale frisar que mesmo inseridos nesse patamar, não são normas absolutas, motivo pelo qual cada questão deve observado relativamente à luz de cada caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade, regras de hermenêutica e fundamentos dispostos na Constituição Federal.

Com as evoluções tecnológicas, a *Internet* trouxe uma capacidade de armazenamento de dados ilimitada, fazendo com que as informações fiquem disponíveis infinitamente e com fácil acesso. Como fonte inesgotável de conhecimento, isso é visto como um fator positivo e de agregação da sociedade, mas a dúvida persistente é: o que fazer quando esses fatores colidem com os direitos fundamentais da intimidade e privacidade de cada um?

<sup>20</sup> Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

Para se divulgar um conteúdo na rede não é necessário nenhum tipo de identificação ou filtro, ou seja, qualquer informação pode ser postada independente de triagem da veracidade do fato, havendo grande facilidade de circulação e manutenção bem como, disponibilidade independente do lapso temporal.

Torna-se também muito difícil mudar socialmente de opinião na medida em que se amadurece, visto que a representação digital - que, em muitos casos, possui maior preponderância que a identidade real - irá sempre vincular os indivíduos às suas ações pregressas, de tal sorte que será praticamente impossível se desvincilhar delas. Essa representação digital, além disso, é julgada não só por aqueles que estiveram presentes no momento em que as informações foram produzidas, mas também por todos que tiveram acesso a elas, sem que, nesse caso, seja explicado seu contexto acarretando, conseqüentemente, o empobrecimento dos julgados realizados na rede.<sup>21</sup>

Assim, a informação ou fato que no passado levaria meses ou anos para ser acessado, agora possui disponibilidade fácil e imediata. Logicamente, é possível que nessas pesquisas, dados privados de pessoas que não desejam tê-los expostos universalmente, possam afetar direitos à personalidade, em especial a dignidade.

Nesse contexto, o direito ao esquecimento, que vem caracterizado como uma redoma de proteção que surge para suprir a ideia de superação do passado ao sujeito que tenha a sua privacidade, intimidade, nome ou honra atingido por fatos já consolidados pelo tempo.

#### 4 A INTERNET E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Como citado anteriormente, a *internet* é um recente canal de comunicação que teve seu surgimento efetivo nos anos 90, aumentando exponencialmente o acesso à informação. Antes dos anos 90, os acontecimentos levavam dias ou meses para chegar ao conhecimento público por meio da imprensa e bastavam semanas ou dias para que tudo fosse esquecido e o indivíduo voltasse ao anonimato.

<sup>21</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direito e mídia**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 191.

Hoje, passados 20 anos, com uma rápida pesquisa em buscadores, temos acesso à notícias veiculadas há anos atrás, como se fossem atuais. Não restam dúvidas de que com o monopólio digital, a capacidade de esquecer ou fazer esquecer é cada vez mais distante e a exposição se torna inevitável.<sup>22</sup>

A problemática se mais torna evidenciada a partir do momento em que o grande fluxo de informações e dados colide com a insegurança existente no meio digital, o que faz com que direitos sejam violados, deixando clara a necessidade de haver uma tutela para usuários e servidores.<sup>23</sup>

Quase duas décadas após o início do uso da internet, a sociedade passou a demandar questões que necessitavam de um ordenamento específico com medidas para proteger, estabelecer direitos e deveres, evitar abusos e estabelecer respeito mútuo entre as partes que usam do canal de comunicação.

Assim, em 2014 foi sancionada a Lei 12.965/2014<sup>24</sup>, conhecida como "Lei do Marco Civil da Internet", que veio estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres que deverão ser utilizados para o uso da internet no Brasil. É certo que esta não põe fim aos problemas de regularização do meio que são enfrentados, como por exemplo, o fato de que o direito ao esquecimento não foi mencionado na referida normativa.

A referida lei mesmo não apresentando normativa clara quanto ao assunto em tela, possui três questões que podem ser consideradas as suas bases: a proteção à privacidade, a garantia de liberdade ao internauta e a neutralidade de rede.<sup>25</sup> Atualmente e como importância para o nosso estudo, a privacidade é o pilar mais importante e motivo de grande preocupação no mundo virtual, trazendo a tona questões como a responsabilidade dos provedores e a manutenção dos bancos de dados em território nacional.

<sup>22</sup> NARUTO, Daniel Feitosa. **A polêmica sobre o direito ao esquecimento**. Disponível em: <jusbrasil.com.br>. Acesso em: 21 nov. 2016.

<sup>23</sup> CASTANHO DE CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 22.

<sup>24</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em: 21 nov. 2016.

<sup>25</sup> NARUTO, Daniel Feitosa. **A polêmica sobre o direito ao esquecimento**. Disponível em <jusbrasil.com.br> Acesso em 23/11/2016.

O artigo 19 da LMCI judicializou a questão da responsabilização dos provedores, fazendo com que a culpabilidade do provedor de conteúdo só venha após descumprimento de ordem legal. Nessa esteira:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de Internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.<sup>26</sup>

A partir desta norma, surge um incômodo na defesa dos direitos da personalidade ao se notar que o indivíduo que se sentir lesado por ter um conteúdo que não deseja disseminado na internet, só poderá cessar por meio da via judicial, enquanto nesse meio tempo sua honra, intimidade, privacidade e imagem continuam sendo violados, dada a inegável demora decorrente do excesso de demandas existentes na justiça.

Parte da doutrina entende que a solução criada pelo legislador foi a pior possível, na medida em que enfraquece a proteção aos direitos individuais acima citados, pois as situações emergenciais não se encontram diferenciadas em relação ao seu nível de violação.<sup>27</sup> O artigo 21 prevê a retirada de conteúdo para situações emergenciais como uma exceção, que na verdade deveria ser utilizada como regra.

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

<sup>26</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em: 23 nov. 2016.

<sup>27</sup> LEMOS, Ronaldo; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; BRANCO, Sérgio. Responsabilidade civil na *internet*: uma breve reflexão sobre a experiência brasileira e norte-americana. **Revista de Direito das Comunicações, RT**, São Paulo, v.1, 2010, p. 09.

Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.<sup>28</sup>

Dessa forma, é notável que a responsabilização de provedores por conteúdo gerado por terceiro, acontece na forma de uma responsabilidade subjetiva e apenas em caso de descumprimento de ordem judicial, na qual o perigo da demora gera danos irreparáveis ao usuário que se sente violado, restando ao magistrado decidir se prevalecerá o direito de informação e liberdade de expressão ou os direitos da personalidade.

Certo é que, mesmo que o provedor não tenha reconhecida a sua responsabilidade cível vinculada ao conteúdo publicado por terceiros, este deverá adequar a exposição dos resultados da pesquisa para que não haja violação da privacidade e continuidade do direito ao esquecimento.

Embora a existência da regulamentação jurídica para a remoção de conteúdo vexatório com fundamento no direito ao esquecimento, não se pode garantir sua eficácia em todos os casos, em razão da própria natureza técnica da Internet, esbarrando em questões como extraterritorialidade e facilidade de propagação dos dados.

Como todo choque entre princípios constitucionais, neste caso também há que se fazer uma harmonização, adotando-se cada princípio em sua medida, possibilitando o direito à informação, desde que estejam preservados os direitos individuais do cidadão, uma vez que a Constituição Federal preocupou-se em preservar o indivíduo, dotando-lhe de uma esfera mínima de proteção. Trata-se de um juízo de ponderação objetivando identificar, na prática, quais dos princípios em confronto deve prevalecer.<sup>29</sup>

Vale frisar que o instituto do direito ao esquecimento se encontra muito presente na legislação penal, possuindo o papel de reintegração do indivíduo na

<sup>28</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em: 27 nov. 2016.

<sup>29</sup> CASTANHO DE CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 21.

sociedade, mas no assunto em questão, sua inserção se dá na área cível e ainda caminha em seus primeiros passos na jurisprudência pátria.

O Superior Tribunal de Justiça utilizou como fundamento o direito ao esquecimento em apenas dois casos. A primeira ocorrência no Recurso Especial n. 1.334.097/RJ<sup>30</sup>, no qual a TV Globo foi condenada pela produção de um episódio do programa "Linha Direta" que retratava o evento conhecido como a "Chacina da Candelária", e a segunda no Recurso Especial n. 1.335.153/RJ<sup>31</sup>, também condenando a mesma emissora televisiva pela produção de programa que retratava o estupro de uma mulher ocorrido em 1958.

O que podemos notar é que o Judiciário ainda tem se comportado de maneira inconstante em suas decisões relativas ao tema, mas nada impede que este comece a enfrentar, como base no direito ao esquecimento e, principalmente, na dignidade da pessoa humana, o entrechoque entre a liberdade de expressão e o direito à informação, de um lado, e o direito à privacidade, de outro.

Por fim, no cumprimento dessa importante tarefa, cada caso deverá ser analisado, utilizando-se de técnicas de ponderação de valores, fazendo-se necessário estabelecer uma maneira de permitir que o indivíduo possa recomeçar a sua história, pois somente assim será possível gozar de uma vida plena e digna.

## 5 CONCLUSÃO

Ante o exposto no presente trabalho, é certo que o direito à privacidade, intimidade e à honra estão ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois apenas com a sua manutenção é possível garantir uma vida digna a todos.

Nesse contexto, o direito ao esquecimento aparece intimamente ligado a direitos e garantias, uma vez que, na atual sociedade da informação todos os

<sup>30</sup> Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.334.097/RJ**. Recorrente Globo Comunicações e Participações S/A e Recorrido Jurandir Gomes de França. Relator Ministro Luis Felipe e Salomão.

<sup>31</sup> Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.335.153/RJ**. Recorrente Nelson Curi e outros e Recorrido Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão.



indivíduos podem, a qualquer momento, ter seus dados, informações e imagens expostos através de canais de comunicação e serem eternizados por fatos pretéritos que não mais desejam reviver ou ter expostos.

Nota-se que os alvos do direito ao esquecimento no passado eram as publicações/transmissões realizadas por veículos de mídia e comunicação. O debate principiológico versava, em especial, no conflito entre o direito de informação e o direito ao esquecimento. Hoje, a construção dogmática leva a tutela do direito ao esquecimento para a área da intimidade de cada um, sob o aspecto da violação da vida realizada dos particulares.

O Marco Civil da Internet não solucionou o problema da proteção à privacidade na era digital no que tange a uma possível ampliação de seu escopo, mas mesmo assim, é uma conquista para o estabelecimento de princípios os quais a nossa democracia almeja verem preservados.

Logo, compete ao intérprete, utilizar-se de instrumentos hermenêuticos que apliquem a norma jurídica da forma mais justa possível em cada caso concreto, tendo o princípio da proporcionalidade como grande aliado, por se tratarem de direitos fundamentais que possuem o mesmo valor perante a Constituição Federal.

Assim, conclui-se que não existe uma única solução para os choques entre os direitos da informação e da privacidade, pois dependendo de cada caso prevalecerá o direito de informar ou o direito de ser esquecido, mas o importante é que não é viável eternizar a informação quando esta coloca em cheque a dignidade humana.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil 1**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASTANHO DE CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção dos dados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LEMO, Ronaldo; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; BRANCO, Sérgio. Responsabilidade civil na *internet*: uma breve reflexão sobre a experiência brasileira e norte-americana. **Revista de Direito das Comunicações RT**, São Paulo, 2010. v.1.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento**: a proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 30.

NARUTO, Daniel Feitosa. **A polêmica sobre o direito ao esquecimento**. Disponível em: <jusbrasil.com.br> Acesso em: 18 set. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador: Direito Público, ano 1, v.1, n. 1, abril 2011.

SCHREIBER, Anderson. **Direito e mídia**. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010

# A ESSÊNCIA DO COOPERATIVISMO E SEU PAPEL NA SOCIEDADE: EDUCAÇÃO, FORMAÇÃO E INFORMAÇÃO - COMO FERRAMENTA DE DESENVOLVIMENTO E SOLIDIFICAÇÃO DO SEGMENTO COOPERATIVO

Gislady Carla Freitas Mendonça<sup>1</sup>

## RESUMO

Dadas particularidades de uma sociedade de pessoas onde o *intuitu personae* prepondera sobre o *intuitu pecuniae*, são muitas as vantagens e peculiaridades quando comparadas às demais sociedades, como permitir que o cidadão comum deixe a posição de cliente e passe a ocupar a posição de dono/associado de forma ativa, democrática e econômica. Inobstante estejam inseridas em um ambiente hostil e competitivo que é o mercado financeiro, as cooperativas, e daremos especial destaque às financeiras, mantêm firmados seus valores e princípios desde o surgimento até a atualidade. Infelizmente, a essência do cooperativismo ainda não alcançou a sociedade de forma plena e representativa. Desta forma, ressaltaremos a importância da disseminação e conscientização de seus princípios, com ênfase ao 5º princípio do cooperativismo - Educação, formação e informação - como ferramenta de desenvolvimento e solidificação do segmento cooperativo.

**Palavras-chave:** Cooperativismo. Sociedade. Educação.

## 1 INTRODUÇÃO

Historicamente, o homem pratica a cooperação em sociedade há milhares de anos, pois há exemplos desse sistema em todos os povos, que se valiam da união na arte de caçar, pescar, construir e cultivar a terra. Praticavam, ainda, a cooperação no desenvolvimento da medicina, da arquitetura, da cultura, da educação entre outras atividades.

De acordo com o entendimento de Benecke:

[...] os baixos salários e a longa jornada de trabalho trouxeram muitas dificuldades socioeconômicas para a população. Diante desta crise surgiram, entre a classe

---

<sup>1</sup> Bacharel em Administração. Aluna do curso de pós-graduação lato sensu em Direito Empresarial e Contratos do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

operária, lideranças que criaram associações de caráter assistencial. Esta experiência não teve resultado positivo. Com base em experiências anteriores buscaram novas formas e concluíram que, com uma organização formal, chamada cooperativa, com a participação dos interessados, as dificuldades poderiam ser superadas, desde que fossem respeitados os valores do ser humano e praticadas regras, normas e princípios próprios.<sup>2</sup>

No Brasil, as sociedades cooperativas encontram apoio e estímulo constitucionais, que pode ser observado no título relativo à Ordem Econômica e Financeira no § 2º do art. 174, onde determina que o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, na forma da lei, apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.<sup>3</sup>

No que tange à pessoalidade, a cooperativa é considerada uma sociedade de pessoas, conforme destaca Pontes de Miranda<sup>4</sup>, a figura do cooperado é que serve como elemento essencial para sua constituição. Podemos chegar a essa conclusão diante do próprio escopo da sociedade: a prestação de serviços aos seus associados.

Embora não sejam sociedades empresárias, realizam importantes atividades econômicas, com a particularidade de não ter intuito lucrativo. Seus sócios, organizadamente, se unem por um mesmo interesse, onde, de forma coletiva, têm mais chances de alcançarem êxito do que de forma isolada e o resultado é a satisfação de suas necessidades econômicas nas mais diversas áreas, desta forma, o social se confunde com o econômico, dando ênfase ao seu comprometimento com a sociedade, o que as tornam únicas e diferenciadas.

Ainda, sob o aspecto sociológico, a sociedade cooperativa tem como fundamento a lei da cooperação e não da concorrência, além de manterem-se sustentadas por princípios éticos, diferentes dos outros tipos de sociedade.

<sup>2</sup> BENECKE, D. W. *Cooperação e desenvolvimento*. Porto Alegre: Ed. Coojornal, 1980. p. 31.

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2016.

<sup>4</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. Rio de Janeiro: Borsai, 1965, p. 249.

Face ao seu fortalecimento e crescente relevância perante a sociedade, o objetivo principal neste trabalho é disseminar um conhecimento doutrinário de forma clara e objetiva dos valores e princípios, com destaque para o 5º princípio cooperativista, que trata da promoção da educação, formação e informação dos atores internos representados pelos associados, dirigentes e demais colaboradores, sobre as especificidades e apelos do cooperativismo como fator indispensável ao fortalecimento e expansão deste tipo societário, que se apresenta tão distinto em relação às demais iniciativas de caráter empresarial.

## **2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E REGULAMENTAÇÃO**

Inspirado pela necessidade e alternativa identificada por um grupo de tecelões do bairro de Rochdale, na Inglaterra, inconformados com o capitalismo ganancioso que os submetiam a preços abusivos e jornadas exaustivas de trabalho, além do desemprego advindo da revolução industrial, surgia o movimento cooperativista. Os tecelões fundaram a “Sociedade dos Probos Pioneiros de Rochdale”, em 1844, que algum tempo depois, passou a ser motivo de deboche por parte dos comerciantes da região e de exemplo para outros grupos. O então denominado “Armazém de Rochdale”, já contava com um número expressivo de cooperados, onde os associados tinham acesso à compra de alimentos sem depender de grandes comerciantes.

No Brasil, a cultura da cooperação surgiu em meio à colonização portuguesa. Esse processo emergiu no “Movimento Cooperativista Brasileiro”, no final do século 19, para atender às necessidades de classes que se organizavam para o alcance de um objetivo em comum. Quanto à primeira cooperativa de consumo de que se tem registro no Brasil, denominada “Sociedade Cooperativa Econômica dos Funcionários Públicos de Ouro Preto”, foi fundada em Ouro Preto no Estado de Minas Gerais, em 1889. Já em 1902, surgiram às cooperativas de crédito no Rio Grande do Sul, por iniciativa do

padre suíço Theodor Amstadt. A partir de 1906, foi a vez das cooperativas no meio rural.<sup>5</sup>

Com relação ao conceito, alguns autores reconhecem a dificuldade de definição acerca das sociedades cooperativas, segundo Carvalho de Mendonça, Pedro de Barbosa Pereira e Amador Paes de Almeida, parafraseados por Almeida e Braga, chegamos ao seguinte entendimento:

Dos vários conceitos expostos, extraem-se os traços característicos da cooperativa. Em primeiro lugar, é uma sociedade de pessoas e não de capitais; apoia-se na ajuda mútua dos sócios; possui um objetivo comum e predeterminado de afastar o intermédio e propiciar a crescimento econômico e a melhoria da condição social de seus membros, os quais possuem na união a razão de sua força; possui natureza civil e forma própria, regulada por lei especial; destina-se a prestar serviços aos próprios cooperados [...]. O ideário cooperativista é expresso através deste movimento, que procura difundir as vantagens e os princípios do cooperativismo, como forma de desenvolvimento, não só econômico, mas, também humano, da sociedade como um todo, posto que visa a estimular a prática da solidariedade. A Constituição Federal, em consonância com este espírito, insculpiu, dentre os princípios gerais da atividade econômica, que a lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.<sup>6</sup>

A primeira lei brasileira a abordar a cooperativa foi a Lei nº 1637/1907. Todavia, foram descritas na forma de sociedades comerciais, não dispondo de forma própria. Dessa maneira, não eram delimitadas quanto ao seu funcionamento e ainda não dependiam de autorização estatal.

O marco legislativo e grande salto do cooperativismo no Brasil vieram com o advento da Lei 5.764 de 16 de dezembro de 1971, chamada de “Lei Cooperativa” que definiu a Política Nacional de Cooperativismo e instituiu o regime jurídico das cooperativas. Ela dispõe sobre seu enquadramento funcional (arts. 4º e 5º), sobre a organização das cooperativas, desde sua criação até a dissolução, liquidação, fusão e desdobramentos. Ela explicita que o

<sup>5</sup> ORGANIZAÇÃO DAS COOPERATIVAS BRASILEIRAS. *Cooperativismo: evolução no Brasil*. Disponível em: <[http://www.ocb.org.br/site/cooperativismo/evolucao\\_no\\_brasil.asp](http://www.ocb.org.br/site/cooperativismo/evolucao_no_brasil.asp)>. Acesso em: 11 jun. 2016.

<sup>6</sup> ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de; BRAGA, Ricardo Peake. *Cooperativas à luz do Código Civil*. São Paulo/SP: Quartier Latin, 2006. p. 102

governo deve dar apoio às iniciativas cooperativistas. Considera o sistema operacional das cooperativas, sua administração, organização, trata da distribuição das despesas, das operações da cooperativa, dos prejuízos e da relação com a legislação trabalhista. Sobre a fiscalização e controle e os poderes dos órgãos imbuídos dessas competências, sobre estímulos creditícios, entre outros temas relacionados. Essa lei define as principais características das sociedades cooperativas, que são: a natureza civil das pessoas que a compõem, sua forma jurídica própria, o fato de não estarem sujeitas a falência e de serem constituídas para prestar serviços aos seus associados.

No âmbito do cooperativismo financeiro, por seu objeto, as instituições financeiras cooperativas integram o Sistema Financeiro Nacional e são devidamente reguladas e supervisionadas pelo Banco Central do Brasil.

É o primeiro (e até aqui o único) segmento do sistema financeiro a obter a sua regulamentação nos termos do art. 192 da CF. Trata-se da Lei Complementar nº 130/2009<sup>7</sup> e, acima dela, somente a Constituição Federal.

Reconhecendo a importância de um estudo aprofundado no campo jurídico-regulatório, todavia, tendo em vista a análise normativa do segmento não ser o objeto central deste estudo, não aprofundaremos nos demais dispositivos legais relacionados ao setor.

### 3 A ESSÊNCIA DO COOPERATIVISMO

Cooperativismo origina-se da palavra cooperação. É uma “doutrina” cultural e socioeconômica, fundamentada nos princípios cooperativistas e dignidade do homem.

A cultura cooperativista busca desenvolver a capacidade intelectual das pessoas de forma criativa, inteligente, justa e harmônica, tendo em vista a sua melhoria contínua. Os seus princípios buscam, pelo resultado econômico o

---

<sup>7</sup> MEINEN, Enio e Marcio Port. *Cooperativismo financeiro: percurso histórico, perspectivas e desafios*. Brasília: Confebras, 2014. p. 277.

desenvolvimento social, ou seja, a melhoria da qualidade de vida de seus cooperados.

Os princípios do Cooperativismo foram criados, estudados e avaliados por líderes e pensadores, com ideais baseados na cooperação. Estes princípios foram aprovados e colocados em prática logo na fundação da primeira cooperativa formal do mundo, como já vimos, na Inglaterra, em 1844.

Atualmente, o sistema cooperativo tem sido bastante evidenciado pelo seu constante crescimento e grande diferencial, valorizando o homem pelo que ele é, e não pelo que possui, onde, de forma sintética, podemos definir como uma associação de pessoas unidas com a finalidade de cooperar umas com as outras, visando à solução de problemas econômicos por meio da solidariedade e da união. É um sistema econômico e social que busca, através das cooperativas, a organização e a distribuição de bens e serviços.

A essência do cooperativismo está no espírito de ajuda mútua e cooperação. Dessa forma, o homem faz uma opção, não somente no trabalho, mas também na vida, no qual escolhe viver em cooperação, construindo uma sociedade melhor do ponto de vista social e econômico, baseado em valores nobres de solidariedade, de compromisso, de igualdade de direitos e de deveres e de responsabilidade.

Interessante observar que nas sociedades cooperativas nota-se uma preocupação imediata com valores e ideais humanitários<sup>8</sup> sendo, o movimento cooperativo, o único do mundo a se desenvolver sob uma mesma orientação doutrinária, tornando-as tão distintas de todas as demais iniciativas. Seus valores são pautados pela solidariedade, liberdade, democracia, equidade, igualdade, responsabilidade, honestidade, transparência e responsabilidade socioambiental, como Ênio Meinen corrobora:

1) SOLIDARIEDADE, cuja essência reside no compromisso, na responsabilidade que todos têm com todos, fazendo a força do conjunto e assegurando o bem de cada um dos

<sup>8</sup> MEINEN, Ênio; PORT, Marcio. *Cooperativismo financeiro: percurso histórico, perspectivas e desafios*. Brasília/DF: Confefras, 2014. p. 27.



membros. É uma espécie de reciprocidade obrigacional, justificada pelo interesse comum. Ser solidário é praticar a ajuda mútua (esta, por vezes, aparece como valor autónomo), é cooperar por definição, é tornar o empreendimento sólido.

2) Liberdade, que está no direito de escolha pela entidade cooperativa, tanto na hora do ingresso como no momento da saída, podendo a pessoa, enquanto cooperado, mover-se e manifestar-se de acordo com a sua vontade e consciência, respeitados os limites estabelecidos coletivamente.

3) Democracia, que está diretamente relacionada ao pleno direito de o associado participar da vida da cooperativa em toda a sua dimensão, especialmente pela palavra e pelo voto, implicando, em contrapartida, respeito às decisões majoritárias. Indica também acesso universal, sem discriminação de qualquer espécie. É pela democracia que se exerce a cidadania cooperativa.

4) Equidade, que se manifesta, fundamentalmente, pela garantia da igualdade de direitos, pelo julgamento justo e pela imparcialidade, tanto em aspectos económicos como sociais.

5) Igualdade, que impede a segregação em razão de condição socioeconómica, raça, gênero ou sexo, ideologia política, opção religiosa, idade ou de qualquer outra preferência ou característica pessoal. A todos devem ser assegurados os mesmos direitos e as mesmas obrigações.

6) Responsabilidade, que tem a ver com a assunção e o cumprimento de deveres.

Como cooperada, a pessoa é responsável pela viabilidade do empreendimento,

Incumbindo-lhe operar com a cooperativa e participar das atividades sociais. Cada qual responde pelos seus atos, devendo conduzir-se com retidão moral e respeito às regras de convívio adotadas coletivamente.

7) Honestidade, que se liga à verdade por excelência. É uma das marcas de pessoas de elevado caráter. Tem a ver com retidão, probidade e honradez. Dignidade, enfim.

8) Transparência, que diz respeito à clareza, àquilo que efetivamente é, sem ambiguidade, sem segredo. No meio cooperativo, todos têm de ter conhecimento preciso sobre a vida da entidade: sua gestão, seus números, suas regras.

9) Consciência socioambiental, que se conecta ao compromisso do empreendimento cooperativo, naturalmente de caráter comunitário, com o bem-estar das pessoas e com a proteção do meio ambiente compreendidos na sua área de atuação, preocupação que envolve desenvolvimento económico e social e respeito ao

equilíbrio e às limitações dos recursos naturais. A palavra-chave, aqui, é sustentabilidade. Pelo seu significado e a sua atualidade, estuda-se no âmbito da ACI dedicar ao tema um novo (8º) e exclusivo princípio universal do cooperativismo. Essas, portanto, são as diretrizes mais abrangentes do movimento cooperativista, e que influenciam a elaboração dos princípios e das regras aplicáveis a todas as organizações de natureza cooperativa nos quatro cantos do mundo.<sup>9</sup>

Os princípios cooperativistas são linhas orientadoras que regem e formam a base filosófica da doutrina, por meio dos quais as cooperativas levam os seus valores (que mencionamos acima) à prática<sup>10</sup> e podem se estender sobre longos debates.

Neste sentido, Watkins considera os princípios como as ideias gerais que inspiram e governam a aplicação da técnica cooperativa de organização social e agrega que essas ideias resultam de uma argumentação indutiva a partir da experiência de realidades sociais fundamentais e universais.<sup>11</sup>

O cooperativismo deve ser entendido como um movimento, uma filosofia de vida e um modelo socioeconômico capaz de unir desenvolvimento econômico e bem-estar social. Os princípios são comuns a todas as organizações cooperativas e sua observância efetiva é o que fará a diferença e determinará a garantia e visibilidade de uma boa prática cooperativista.

Com a evolução e a modernização do segmento cooperativista e também da economia mundial, os princípios foram reestruturados e adaptados à realidade do mundo atual, com a seguinte definição:

1º Princípio: Adesão livre e voluntária. As cooperativas são organizações voluntárias e abertas a todas as pessoas aptas a usar seus serviços e disposta aceitar as responsabilidades de sócio, sem discriminação social, racial, política ou religiosa e de gênero; 2º Princípio: Controle democrático dos sócios. As cooperativas são organizações democráticas controladas por seus sócios, que participam ativamente da definição de suas políticas e

<sup>9</sup> MEINEN, Ênio; PORT, Marcio. *O cooperativismo de crédito: ontem, hoje e amanhã*. Brasília: Confefras, 2012. p. 3031.

<sup>10</sup> ORGANIZAÇÃO DAS COOPERATIVAS BRASILEIRAS. *Brasil cooperativo*. Disponível em: <[http://www.ocb.org.br/site/brasil\\_cooperativo/index.asp](http://www.ocb.org.br/site/brasil_cooperativo/index.asp)>. Acesso em: 11 jun. 2016.

<sup>11</sup> WATKINS, William Pascoe. *Cooperative Principles: today & tomorrow*. Manchester: Holyoake Books, 1986. p. 13

tomada de decisões; 3º Princípio: Participação econômica dos sócios. Os sócios contribuem de forma equitativa e controlam democraticamente o capital de suas cooperativas; 4º Princípio: Autonomia e Independência. As cooperativas são organizações autônomas para ajuda mútua, controlada por seus membros; 5º Princípio: Educação, treinamento e informação. As cooperativas proporcionam educação e treinamento para os sócios, dirigentes eleitos, administradores e funcionários, de modo a contribuir efetivamente para o seu desenvolvimento; 6º Princípio: Cooperação entre cooperativas. As cooperativas atendem aos sócios mais efetivamente e fortalecem o movimento cooperativo trabalhando juntas por meio de estruturas locais, nacionais, regionais e internacionais; 7º Princípio: Preocupação com a comunidade. As cooperativas trabalham pelo desenvolvimento sustentável de suas comunidades, por meio de políticas aprovadas por seus membros.<sup>12</sup>

Cumpre-nos esclarecer que nem todas as cooperativas perpetuam os princípios e assumem esses valores. Há casos em que cooperativas se tornam uma forma alternativa de empresa capitalista, onde não se atinge sua finalidade da sociedade, já que fica subordinada às condições competitivas do mercado, oferecendo força de trabalho a baixo custo, sob o comando de falsos líderes.

Cooperativas deste tipo estão desvinculadas dos princípios cooperativistas, assumem um comportamento capitalista e podem, muitas vezes, culminar em uma forma de “autoexploração” que ocorre quando retira direitos já conquistados, destituindo o homem de sua dignidade.

Apesar disto, há grande esforço do segmento cooperativo, em servir como um modo de organização, no qual as pessoas produzem sua vida coletivamente, com forte participação e democratização do trabalho, em especial as cooperativas financeiras, disponibilizando produtos e serviços financeiros aos seus cooperados, com a finalidade de suprir atendimento à demanda de crédito e investimento, contribuindo para torná-los independentes das instituições financeiras públicas e privadas.

<sup>12</sup> ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de; BRAGA, Ricardo Peake. *Cooperativas à luz do Código Civil*. São Paulo/SP: Quartier Latin, 2006, p. 214-215.

Por fim, para se tornarem autênticas cooperativas, estas devem estar organizadas e funcionar com base nos princípios e normas fundamentais cooperativos. É necessário reconhecer que estes princípios e normas não são de caráter absolutamente imutável, porém devem manter, no essencial, sua vigência ao longo dos anos, pois são objetos de reconhecimento praticamente universal.

Quando os cooperados entendem e praticam a verdadeira essência do cooperativismo, se engrandecem diante dos desafios, cientes de que não estarão lutando sozinhos, e é essa cultura cooperativista que fez com que a cooperativa dos Pioneiros de Rochdale firmasse seus princípios e é o que faz o mundo todo aderir a esses princípios como verdade absoluta, apesar de terem sido escritos a mais de um século e meio atrás por simples tecelões de flanela.

#### **4 O COOPERATIVISMO NA SOCIEDADE**

A estrutura econômica atual e suas influências na sociedade tem sido motivo de frequente discussão, quase sempre voltadas para a análise de alternativas de reorganização que permitam a incursão de valores sociais nessa estrutura em busca de uma harmonização entre valores econômicos e valores sociais visando o fortalecimento dos últimos.<sup>13</sup>

É justamente neste contexto que o cooperativismo se mostra como alternativa e instrumento chave deste fortalecimento.

Como já verificamos nos entendimentos anteriores, a pessoa do cooperado tem especial importância nas cooperativas e esse exercício de trabalhar em união, de forma voluntária e vontade expressa por um objetivo comum, pode ser também denominada como *affectio societatis*, compreendida como a consciência dos sócios em agir como membros da coletividade social, aderindo uns aos outros, marchando juntos para a realização do objeto da sociedade.

---

<sup>13</sup> Disponível em: <[www.idtl.com.br/artigos/345.pdf](http://www.idtl.com.br/artigos/345.pdf)>. Acesso em: 13 jun. 2016.

Neste contexto, com relação às sobras das sociedades cooperativas, vale ressaltar que a sociedade somente alcançará êxito se tiver uma finalidade econômica e uma excelente organização. A solidariedade dos que enfrentam os mesmos problemas é o melhor caminho para que cada qual melhor os entenda e melhor os enfrente, não na estreiteza e no confinamento do seu eu individual, mas numa forma nova de pensar e agir: a consciência do grupo e a forma de cooperação.<sup>14</sup>

Não se pretende, neste artigo, dar a entender que as cooperativas são privadas dos seus fins econômicos, pois tal interpretação seria equivocada. Mas, para que os princípios cooperativistas não se percam na diligência deste fim econômico, é fundamental que seus associados estejam conscientes e convencidos deste fim.

As características do segmento cooperativo induzem ações no sentido de que os cooperados assumam, sempre, uma dupla posição jurídica: eles são, ao mesmo tempo, sócios e destinatários da atividade societária. Em suma, as suas condições de sócios lhes conferem o direito de se beneficiarem, diretamente, do funcionamento da sociedade. Daí se extraem os principais pilares do cooperativismo, os princípios da dupla qualidade e da retribuição pessoal diferenciada.<sup>15</sup>

Ademais, o sistema cooperativo pode gerar um benefício direto baseado nas políticas sociais de combate ao desemprego, pois, contando com incentivos do poder público, os então desempregados poderão unir-se e se transformarem em associados cooperados.

A própria Carta Magna, reconhecendo a importância das cooperativas para a economia nacional, reservou vários dispositivos conferindo tratamento

<sup>14</sup> MARQUES, Mário Osório; ROCHA, Regina H. Sizenando. *1º Seminário Latino-americano de Comunicação Cooperativa – Conferências*. Garanhuns: Assocene. 1978. v. 2. p. 64.

<sup>15</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2002. p. 329-332.

privilegiado, além de enaltecer a liberdade de associação e o necessário estímulo estatal tanto às cooperativas, como a outras formas de associação.<sup>16</sup>

Diante desta importância outorgada ao segmento cooperativo, tal tema deve ser analisado com especial atenção pelos operadores do Direito, bem como pelos empresários (ao contratarem com sociedades cooperativas) e pelos próprios colaboradores e cooperados, devendo ser observada, caso a caso, a presença dos preceitos norteadores do cooperativismo, além dos requisitos ensejadores da relação de emprego.

O segmento cooperativista advém de lutas sociais dos trabalhadores pela própria sobrevivência, os quais se viram inaptos de competir com as alterações ocasionadas pela Revolução Industrial, sendo obrigados a se unirem em grupos a fim de criarem um novo sistema de produção e poderem subsistir perante as novas necessidades do mercado.

Atualmente, devido a grande competitividade do mercado, onde as pequenas empresas acabam sendo “engolidas” pelas grandes, o agrupamento de pequenos empresários associados em cooperativas gera grandes benefícios para a economia do país, pois obsta às falências, permitindo a existência destas pequenas empresas no mercado, agora reunidas em sociedades cooperativas, gerando proveito tanto para os próprios cooperados como para terceiros, já que tais sociedades também são fontes de emprego e renda.

## **5 PRINCÍPIO DA EDUCAÇÃO, FORMAÇÃO E INFORMAÇÃO COMO FERRAMENTA DE DESENVOLVIMENTO E SOLIDIFICAÇÃO.**

Inicialmente, cumpre-nos esclarecer que o princípio da Educação, formação e informação objetiva o desenvolvimento cultural e profissional do associado e de sua família. A formação, a capacitação e a constante

---

<sup>16</sup> CARVALHO, Ana Tereza de Sá Coutinho. *Cooperativas geram enormes benefícios para a economia do país*. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-set-24/cooperativas\\_geram\\_beneficios\\_economia\\_pais](http://www.conjur.com.br/2008-set-24/cooperativas_geram_beneficios_economia_pais)>. Acesso em: 5 jun. 2016.

requalificação de associados, diretores, conselheiros, líderes e colaboradores são os objetivos desse princípio.<sup>17</sup>

A informação transparente das atividades da cooperativa, a divulgação da doutrina, da filosofia e dos princípios são caminhos para o sucesso.

Por se tratar de um “estilo de vida” diferenciado, o cooperativismo sabe que precisa contornar grandes obstáculos que as realidades nacional e internacional lhe apresentam. Com relação aos próprios atores, um dos elementos que mais atrapalham a evolução desse setor é a falta quase total de formação dos cooperados.

O fato de esses atores não possuírem a formação adequada, colabora para que se reproduzam os modelos de divisão de trabalho, não compatíveis, na maioria das vezes, com as ações cooperativas.

Para conseguir que a participação dos cooperados seja consciente e responsável, é necessário um processo constante e eficaz no sentido de expandir a boa prática cooperativista, através da educação, formação e informação, a base da pirâmide em quase todos os aspectos sociais e que torna este princípio um dos mais importantes princípios cooperativistas.

Buscando atingir a sua função social e econômica e solidificar-se no mercado, a cooperativa deve estabelecer procedimentos educacionais adequados e adaptados às suas particularidades. A educação e formação cooperativista é um processo permanente de desenvolvimento integral e cooperativo das pessoas, com intuito de viabilizar e alcançar condições de progresso.

É necessário que a nova geração de associados compreenda o que representa o cooperativismo e as razões que ensejaram o seu movimento, onde o mais importante não é o aporte de recursos financeiros, mas seu compromisso social com o bem-estar da humanidade, democracia e

---

<sup>17</sup> ANDRIOLI, Antônio Inácio. GIEHL, Pedro Roque. *PCE – Programa de Cooperativismo nas Escolas*. Santa Rosa: COOPERLUZ, 1997.

solidariedade, onde se apresenta não somente por um movimento, mas por uma verdadeira filosofia de vida.

A educação e conscientização voltada para o cooperativismo devem ser permanentes, principalmente quando falamos em instituições financeiras cooperativas, pois o mercado financeiro se apresenta competitivo e hostil, cabendo ao associado com compromisso e responsabilidade, reconhecer sua instituição financeira cooperativa como principal (e exclusiva), onde, em condições semelhantes de preço/qualidade/serviços, um associado deveria buscar se manter fiel à “empresa” de sua propriedade, não tendo o menor sentido que, como dono, efetue tais operações com um banco, no qual ele é um mero cliente/usuário.<sup>18</sup>

Fazendo um breve comparativo entre as instituições financeiras cooperativas e as instituições financeiras bancárias, podemos verificar a distinção do cooperativismo financeiro com sua ideologia e função social, em relação aos bancos comerciais tradicionais, que apresentam tendenciosa contribuição à desigualdade econômica e desequilíbrio social, ocasionalmente acometido pela crescente centralização bancária, dado preponderante e concludente objetivo de lucro.

Neste sentido, compreendemos a importância da disseminação da informação, ausente na sociedade em geral com ações cooperativas que promovam a educação e a formação dos seus membros, representantes eleitos e colaboradores, de forma que estes possam contribuir eficazmente para o desenvolvimento de suas cooperativas, informando ao público em geral, particularmente os jovens e formadores de opinião, sobre a natureza e as vantagens da cooperação.<sup>19</sup>

Cooperar é agir de forma coletiva com os outros, trabalhando juntos em busca do mesmo objetivo. A prática da cooperação educa a pessoa

<sup>18</sup> Cooperativismo Financeiro Percurso histórico, perspectivas e desafios. Ênio Meinen e Márcio Port. Ed. Confefras. Brasília, 2014. Pág. 133.

<sup>19</sup> <http://br.monografias.com/trabalhos906/cooperativismo-resistencia/cooperativismo-resistencia2.shtml> Acesso em 13 de junho de 2016



desenvolvendo uma mentalidade mais aberta, flexível, participativa, humana e solidária.

## 6 CONCLUSÃO

Conhecer a história do cooperativismo, dos seus princípios e valores, compreender a formação de uma cooperativa inserida em um país e em uma comunidade, acompanhar suas ações a favor de seus cooperados e da comunidade geral, é a obrigação de todo cooperado, pois a união destes cooperados é que formará a cooperativa conhecedora de todos esses aspectos, e que, portanto, estará apta a se denominar cooperativa.

Verificamos que as sociedades cooperativas são consideradas como uma das saídas mais eficazes para o desenvolvimento econômico, melhoria das condições de vida e bem-estar geral da sociedade por ser uma doutrina social que tem suas raízes no princípio de auxílio e crescimento coletivo.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de; BRAGA, Ricardo Peake. **Cooperativas à luz do Código Civil**. São Paulo/SP: Quartier Latin, 2006.

BENECKE, D.W. **Cooperação e desenvolvimento**. Porto Alegre: Coojornal, 1980.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2016.

BRASIL. **Lei nº 5.764 de 16 de dezembro de 1971**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5764.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5764.htm)>. Acesso em: 06 abr. 2016.

BULGARELLI, Waldirio. **As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica**. Rio de Janeiro/RJ: Renovar, 2000.

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. Rio de Janeiro/RJ: Renovar, 2009.

MEINEN, Ênio; GAUDIO, Ronaldo. **Sobre o diferencial estrutural e desafios das instituições financeiras cooperativas no ambiente regulatório brasileiro**. Artigo

em Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo, n.º 49. Bilbao/ES: Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2015.

MEINEN, Ênio; PORT, Marcio. **Cooperativismo financeiro**: percurso histórico, perspectivas e desafios. Brasília/DF: Confebras, 2014.

MEINEN, Ênio; PORT, Marcio. **O cooperativismo de crédito**: ontem, hoje e amanhã. Brasília/DF: Confebras, 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado: parte especial**. Rio de Janeiro: Borsai, 1965.

PAGNUSSATT, Alcenor. **Guia do cooperativismo de crédito**: organização, governança e políticas corporativas. Porto Alegre/RS: Sagra Luzzatto, 2004.

SOUZA, João Batista Lored de; MEINEN, Ênio. **Cooperativas de crédito**: gestão eficaz. Brasília/DF: Confebras, 2010.

# EXCEÇÃO COMO REGRA: A IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO NA ANVISA NO ÂMBITO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO.

Hugo Teixeira Montezuma Sales<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo visa a demonstrar, pela análise dos acórdãos prolatados pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a concessão de medicamentos sem registro na ANVISA como regra, inobstante precedente do Supremo Tribunal Federal que dá tratamento de exceção a esse fornecimento. Após, são discutidas três razões que levam a essa situação: a ineficiência da tutela de interesses coletivos na relação processual clássica; a utilização de presunções e ficções jurídicas nas decisões sobre políticas públicas, e a grande distância que há entre a lógica judicial do direito subjetivo e a lógica administrativa de alocação de recursos finitos e de vigilância sanitária. Ao final, conclui-se pela necessidade de o judiciário tratar com mais deferência os casos em que a sua cognição não é suficiente para chegar a uma decisão segura.

**Palavras Chave:** Importação de Medicamentos sem registro na ANVISA. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Deferência.

## ABSTRACT

This essay seeks to demonstrate, through the analysis of the decisions of the Regional Federal Court of the 1<sup>st</sup> region, that the court allows, as a rule, the importing of medicine without proper registration in ANVISA, even though the precedent of the Supreme Court states that said decision must be considered an exception. Afterwards, three reasons for that are discussed: the lack of efficiency in the analysis of collective interest in classic civil torts, the usage of assumptions when discussing public policies, and the existing gap between the logic of “subjective rights” behind judicial rulings and the administrative logic of needing to divide finite resources and to respect Health Surveillance. In the end, the conclusion is for the need of the judges to act with more deference in the matters where the judicial cognitive process can not reach a secure decision.

**Keywords:** Medicine Importing without ANVISA registration. Regional Federal Court of the 1<sup>st</sup> region. Deference

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito e Processos Administrativos pela UNIFOR. Pós-graduando em Novas Tendências do Direito Público pela UniCEUB. Advogado.

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 veio para estabelecer um contraponto ao regime autoritário que lhe precedeu e, em razão desse contexto e considerando a realidade mundial, trouxe ao ordenamento jurídico uma série de direitos. Como fala o seu art. 6º, direito a ter “educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência”, ou, então, como prevê o seu art. 7º, IV, a receber um salário mínimo “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”.

Como não poderia deixar de ser, a inclusão desses termos na Constituição gerou repercussões. A principal delas foi a interpretação, levada aos tribunais, de que a enunciação desses direitos não tinha fins apenas de estabelecer princípios ou diretrizes, mas sim de conferir aos cidadãos brasileiros direitos subjetivos a essas prestações. Nesse ponto, entende-se direito subjetivo como sendo “o poder que o titular tem de fazer valerem seus direitos individuais”<sup>2</sup>.

Para alguns desses direitos, tal entendimento foi rejeitado. Mas para outros, a interpretação que conferia o direito subjetivo prevaleceu, e os tribunais passaram, em crescente medida, a deferir prestações calcados em tais direitos dados pela Constituição Federal de 1988.

O principal exemplo desse fenômeno é o Direito à Saúde<sup>3</sup>. O que começou com o pleito de insumos simples, como fraldas, hoje tem como ponto de maior

<sup>2</sup> Os mesmos autores (ob. cit. p. 32/33) definem direito subjetivo como “a faculdade (*facultas agendi*), inerente à pessoa, podendo exercitá-la a qualquer tempo, dependendo só de sua vontade. É o *poder de direito*, que pode ser exemplificado com as prerrogativas do réu, no Direito Penal, em obter concessão de *sursis* (suspensão aplicada por sentença), não lhe podendo ser negado, se preenchidos os requisitos exigidos na lei penal”. (FÁRIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. v. 1. p. 33.).

<sup>3</sup> Sobre a tutela judicial do Direito à Saúde, Ingo Sarlet relata que: “após uma postura inicial mais contida, mesmo os Tribunais Superiores, com destaque aqui para o STF, passaram a reconhecer a saúde como direito subjetivo (e fundamental) exigível em juízo e não mais como direito enunciado de modo eminentemente programático”. (SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 596-597.).

discussão a possibilidade de importação de medicamentos de alto custo que não foram registrados na ANVISA. Trata-se de medicamentos normalmente ou aprovados por órgãos fiscalizadores de outros países ou por nenhum órgão e que tratam de doenças raríssimas, cujo tratamento não pode ser obtido dentro do Sistema Único de Saúde - SUS. Eles custam milhares ou até milhões de reais<sup>4</sup> e são concedidos em decisões liminares, com base em literatura e em atestados médicos juntados pelo autor, que normalmente são mantidas no decorrer do processo, com esteio em laudo pericial.

Ainda quanto a importação de medicamentos sem registro na ANVISA, por um lado, a lei nº 6.360 de 1976 é clara, no seu art. 12, a estabelecer que nenhum medicamento pode ser “entregue ao consumo” antes de registrado. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal - STF, no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE, consignou que “o registro na ANVISA configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para que o SUS possa considerar sua incorporação”.

Por outro lado, na mesma decisão, o STF afirmou ser possível, em caráter excepcional, a importação de tais medicamentos sem o registro na ANVISA, em razão do disposto no art. 8º, §5º da lei nº 9.782 de 1999. Disse o tribunal que:

Claro que essa não é uma regra absoluta. Em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA. A Lei n.º 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), permite que ela dispense de “registro” medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde.

A compreensão do entendimento acima esposado é aparentemente simples: a regra é a vedação ao fornecimento, pelo SUS, de medicamento importado sem registro na ANVISA. Tal procedimento só seria possível em condições excepcionais.

<sup>4</sup> A guisa de exemplo, o medicamento Soliris®, de acordo com reportagem da Revista Época SEGATTO, Cristiane. *O paciente de R\$ 800 mil*. 2012. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em 16 dez. 2016.

Ocorre que há uma imensa distância entre o que o entendimento diz e como ele é aplicado. Foi feita pesquisa na jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª região, disponibilizada através do seu sítio eletrônico institucional<sup>5</sup>, por intermédio de busca conjunta pelas palavras “importação”, “medicamento”, “registro” e “ANVISA”. A busca em si resultou em mais de 100 acórdãos. Após leitura das ementas de tais decisões e descarte daquelas que não tratavam do fornecimento de medicamentos como decorrência do direito à saúde, obteve-se o seguinte resultado: 143 acórdãos sendo todos favoráveis ao fornecimento de medicamentos, ultrapassando a barreira da excepcionalidade e nenhum contrário ao fornecimento em razão do seu caráter supostamente excepcional. Saliente-se que as decisões analisadas não só reconhecem o precedente estabelecido pelo STF, como o aplicam expressamente, ainda que os resultados sejam incompatíveis.

A perplexidade dessa situação é a problemática a ser desenvolvida neste artigo: quais as razões que levam o Tribunal Regional Federal da 1ª Região a concluir que todos os casos com pedido de fornecimento, pelo SUS, de medicamentos importados sem registro na ANVISA que foram submetidos a sua análise são “excepcionais” ao ponto de serem deferidos?

São exploradas, no decorrer deste artigo as três razões reputadas principais para essa situação: a incapacidade do modelo clássico da relação jurídica processual para tratamento de demandas com repercussões coletivas; a ficção jurídica da infalibilidade da perícia judicial e do atestado médico; e a contradição existente entre a lógica judicial do direito subjetivo e a lógica administrativa da alocação de recursos finitos e da vigilância sanitária.

Saliente-se, por fim, que a presente análise não considerará os instrumentos processuais que surgiram com o advento do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 2015), haja vista que as decisões analisadas foram tomadas, em sua vasta maioria, sob a égide do código antigo.

---

<sup>5</sup> Disponível em <http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>. Última consulta em 14/12/2016.

## 2 A INEFICIÊNCIA DA TUTELA DE INTERESSES COLETIVOS NO ÂMBITO DA RELAÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL CLÁSSICA

Ao analisar os acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, algumas características se destacam. A vasta maioria, senão totalidade, das decisões decorreram de ações de caráter individual, em que uma pessoa específica, em nome próprio ou mediante representação, pleiteia um determinado medicamento para tratar a sua doença. É insignificante o número de ações desenvolvidas coletivamente, até porque as doenças, a cujo tratamento se visa, são raras, havendo dificuldades de caráter prático numa demanda coletiva dessa natureza.

Desse modo, a relação jurídico-processual que costuma ocorrer nas ações de pleito de medicamentos sem registro na ANVISA é a clássica angular: o pleiteante em uma ponta requerendo direito subjetivo individual que julga lhe pertencer, o réu (a União, acompanhada ou não de outros entes) em outra ponta, se defendendo contra o pleito do autor ao argumentar que ele não possui o direito subjetivo individual em questão e o juiz como ponto central a decidir a questão. A princípio isso aparenta normalidade: essa é a relação processual por natureza.

Ocorre que esse mecanismo é falho para a tutela de interesses coletivos. Essa constatação já foi feita e aceita no que se refere ao interesse coletivo no polo ativo, o que, inclusive, gerou a criação dos variados instrumentos processuais de tutela coletiva (Ação Civil Pública, Ação para tutela de Direitos Individuais Homogêneos etc.)<sup>6</sup>. No entanto, quando o interesse coletivo resta apenas no polo passivo da demanda, o sistema processual, ao menos o vigente antes do advento do novo Código de Processo Civil, falha ao lhe prover uma tutela adequada. Isso é agravado no caso de concessão de medicamentos em geral.

---

<sup>6</sup> Nesse sentido, ensina Daniel Neves que: “Esse desenvolvimento da tutela coletiva é compreensível. Os direitos transindividuais não podem ser efetivamente protegidos pela tutela individual [...]. Sem as devidas adaptações de alguns institutos processuais [...] a efetiva tutela dessas espécies de direito material seria inviável.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito coletivo*; volume único. São Paulo: Método, 2012.).

Em razão da adoção da relação jurídico-processual clássica, o juiz é levado a conhecer apenas daquilo que consta dos autos. A sua visão é individual e as repercussões coletivas de sua decisão, embora possam ser postas em consideração, geralmente não aparecem nesse contexto com a ênfase necessária. Ainda que o mesmo juiz tenha centenas de ações de pessoas específicas solicitando o mesmo medicamento, o seu dever é julgar cada ação individualmente, considerando o que está naquele processo. Nesse contexto, ele não possui instrumentos para adotar uma decisão coletiva que traga um meio-termo entre o pleito do autor e a resistência da União: em se tratando de situações iguais, ou ele concede o medicamento a todos, ou nega a todos. E dada a tragicidade das circunstâncias, a vasta maioria dos juízes de primeira instância e todo o Tribunal concedem.

O mesmo problema permeia a atuação do outro membro recorrente da relação angular: a União, ou seja, não se trata de uma questão de “culpa exclusiva” do judiciário. Para cada processo deverá ser apresentada uma defesa específica, contra o pleito individual do autor<sup>7</sup>, na qual se utiliza, principalmente, de dois argumentos: a impossibilidade de importação de medicamento sem registro na ANVISA, e a objeção da reserva do possível<sup>8</sup>.

Enquanto que esta seria, em tese, o mecanismo mais apropriado para dar maior realce à excepcionalidade acentuada na decisão do STF, a reserva do

<sup>7</sup> Ao autor não interessa uma demanda de caráter coletivo, em especial considerando que a urgência do caso exige medidas mais ágeis, de modo que a União fará sempre uma defesa contra uma questão individualizada, utilizando-se de argumentos que desconsideram, ou não enfatizam adequadamente, toda a conjuntura em questão.

<sup>8</sup> Nos termos de Ingo Sarlet e Mariana: “De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos.”. No entanto, a jurisprudência adota essa teoria (normalmente para refutar a sua aplicação no caso) de forma restritiva, associando-a à inexistência de disponibilidade financeira no orçamento estatal, ou seja, se houver disponibilidade, não há reserva do possível, ainda que essa disponibilidade fosse utilizada para outros fins de relevância. (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde*: algumas aproximações: direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. v. 2.). A guisa de exemplo, extrai-se o seguinte trecho de acórdão prolatado pelo TRF-1 na AC 00186125820134013300: “Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.”



possível implica uma comprovação que beira à prova diabólica: provar que o orçamento da União não comporta a concessão do medicamento solicitado naquele processo. Essa comprovação, via de regra, não ocorre por duas razões: o orçamento, pela sua extensão e pelos montantes envolvidos, normalmente comporta<sup>9</sup> outras despesas; e, mais importante, a reserva do possível é invocada considerando um processo individual e não a totalidade deles, contabilizando uma despesa irreal, em razão do efeito multiplicador.

Isso gera a falha na tutela do interesse coletivo em questão. A União, ao se insurgir contra a demanda por medicamentos não registrados, está a defender um interesse de caráter coletivo, já que a verba que acaba sendo utilizada no fornecimento de medicamentos seria utilizada em políticas públicas de saúde, as quais, através do SUS, atingem uma grande quantidade de pessoas. Até mesmo no caso de ser utilizada, de forma financeiramente irregular, mas excepcionalmente presente, rubrica orçamentária com destinação diferente<sup>10</sup>, todo gasto lícito feito pelo Estado visa, mediata ou imediatamente, a fins públicos.

No entanto, embora o interesse defendido pela União seja coletivo, ele se reveste de uma roupagem individual, em razão da dinâmica processual já estudada. Seria como se a União fosse um ente externo, desvinculado do povo de onde emana o seu Poder, e os seus recursos não fossem “recursos públicos” ou “coisa pública”, mas sim “recursos da União” ou de seus governantes<sup>11</sup>. A União acaba sendo vista como uma operadora de plano de saúde, ou uma empresa prestadora de serviços e não como a personificação dos interesses de uma coletividade que inclui o próprio autor e o juiz.

---

<sup>9</sup> Por “comporta” entenda-se: é possível a inclusão da despesa, tem dinheiro para isso. O que não significa dizer que a verba que está disponível não teria outra destinação que fosse mais eficiente. Esta última análise de eficiência das alocações orçamentárias costuma ser ignorada na análise da objeção da reserva do possível.

<sup>10</sup> A utilização de verbas com outra finalidade (em especial de publicidade) para esse fim já foi sobejamente noticiado, sendo exemplo a reportagem. (BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Estado deve usar verba de publicidade na compra de medicamento de alto custo*. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/novembro/estado-deve-usar-verba-de-publicidade-na-compra-de-medicamento-de-alto-custo>>. Acesso em 16 dez. 2016.).

<sup>11</sup> GARSCHAGEN, Bruno. *Pare de acreditar no governo*: por que os brasileiros não confiam nos políticos e amam o Estado. Rio de Janeiro: Record, 2015.

Essa circunstância gera o primeiro problema quanto à análise da “excepcionalidade” da situação trazida em juízo: sem ter uma noção adequada do todo, a tendência de o juiz entender que a situação trágica levada ao seu conhecimento se reveste de excepcionalidade é maior. Afinal, algo só é “excepcional” se for comparada a uma regra geral e sem ter esta como parâmetro, fica bastante complicado discernir se aquele caso trazido e analisado de forma individual ao juízo é exceção ou regra. E diante de dúvida, a tragicidade do caso acaba por forçar a concessão do medicamento.

É importante deixar claro que o sistema processual possui, até mesmo antes do advento do incidente de demandas repetitivas, mecanismos para tutelar interesses coletivos do réu: são mecanismos de uniformização de jurisprudência e os processos levados a julgamento, originariamente, no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Em ambos os casos, a questão é analisada sob uma roupagem estritamente coletiva, seja por se tratar de uma decisão única que afetará inúmeros casos já existentes; seja pela decisão envolver uma análise global da situação e não uma série de análises individuais. Foi através do julgamento de uma ação no STF que o entendimento balizador inicial foi desenvolvido, e espera-se que o julgamento dos Recursos Extraordinários 566471 e 657718, submetidos ao regime de repercussão geral, deixe a questão mais clara.

No entanto, até mesmo esses mecanismos possuem suas falhas. A uniformização de jurisprudência normalmente só ocorre na terceira instância (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) e até lá já houve o deferimento de liminar deferindo o pleito do autor e a concessão do medicamento por vários anos, quase que consolidando a situação. Além disso, tanto a uniformização de jurisprudência quanto às decisões originárias do STF, nas hipóteses em que elas venham a gerar um precedente persuasivo ou vinculativo, apenas estabelecem uma regra em tese e delegam ao juiz a análise dos fatos, análise esse também permeada de perigos, como se passa a tratar.

### 3 O PAPEL PERIGOSO DAS FICÇÕES JURÍDICAS NA IMPLEMENTAÇÃO JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DOS ATESTADOS MÉDICOS E DA PERÍCIA JUDICIAL

Em razão da vedação ao *non liquet*, o juiz é obrigado a oferecer uma resposta a todo pleito que lhe for apresentado. Se a petição inicial contiver as condições da ação e os pressupostos processuais, essa resposta, obrigatoriamente, deve tratar do mérito da demanda. Em razão disso, o juiz precisa trabalhar com presunções e ficções para se municiar da certeza suficiente para tomar uma decisão. À guisa de exemplo, se um documento é juntado nos autos e nele há uma determinada declaração, se essa prova documental tiver sido precedida das formalidades devidas e se não houver comprovação da falsidade do seu conteúdo, o juiz usualmente considera os seus termos como se verdade fossem.

Normalmente, essa lógica rende frutos adequados. É necessário algum grau de certeza, real ou presumida, ou o sistema tenderia a ruir. O problema ocorre quando o cerne da questão é justamente pôr em dúvida essas presunções de veracidade. Explicando melhor, o art. 16 da lei 6.360 de 1976 estabelece como requisitos para o registro de medicamentos, os seguintes:

Art. 16. O registro de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, dadas as suas características sanitárias, medicamentosas ou profiláticas, curativas, paliativas, ou mesmo para fins de diagnóstico, fica sujeito, além do atendimento das exigências próprias, aos seguintes requisitos específicos:

I - que o produto obedeça ao disposto no artigo 5º, e seus parágrafos.

II - que o produto, através de comprovação científica e de análise, seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe, e possua a identidade, atividade, qualidade, pureza e inocuidade necessárias;

III - tratando-se de produto novo, que sejam oferecidas amplas informações sobre a sua composição e o seu uso, para avaliação de sua natureza e determinação do grau de segurança e eficácia necessários;

IV - apresentação, quando solicitada, de amostra para análises e experiências que sejam julgadas necessárias pelos órgãos competentes do Ministério da Saúde;

V - quando houver substância nova na composição do medicamento, entrega de amostra acompanhada dos dados químicos e físico-químicos que a identifiquem;

VI - quando se trate de droga ou medicamento cuja elaboração necessite de aparelhagem técnica e específica, prova de que o estabelecimento se acha devidamente equipado e mantém pessoal habilitado ao seu manuseio ou contrato com terceiros para essa finalidade.

VII - a apresentação das seguintes informações:

- a) o preço do produto praticado pela empresa em outros países;
- b) o valor de aquisição da substância ativa do produto;
- c) o custo do tratamento por paciente com o uso do produto;
- d) o número potencial de pacientes a ser tratado;
- e) a lista de preço que pretende praticar no mercado interno, com a discriminação de sua carga tributária;
- f) a discriminação da proposta de comercialização do produto, incluindo os gastos previstos com o esforço de venda e com publicidade e propaganda;
- g) o preço do produto que sofreu modificação, quando se tratar de mudança de fórmula ou de forma; e;
- h) a relação de todos os produtos substitutos existentes no mercado, acompanhada de seus respectivos preços.

Dito de outra forma, o registro a ser feito pela ANVISA visa a atestar, dentre outras características, a segurança e a eficácia do medicamento que se pretende pôr em circulação, sendo essa a forma prevista pela lei para se chegar a essa constatação de forma segura. Sem o registro, a lei, ao vedar o seu consumo, presume-se tratar de medicamento que põe em risco a vida do paciente. Além disso, a legislação claramente adota a “Medicina com base em evidências”, ou seja, não basta que o medicamento seja seguro: para ser registrado, ele deve ser comprovadamente eficaz.

Voltando ao processo, ao se pleitear um medicamento sem registro na ANVISA, o autor, além de ter de ultrapassar a juridicidade do que se pede, tem de comprovar em juízo quatro circunstâncias:

- a) possuir a doença rara em questão;

b) nenhum medicamento disponível e registrado na ANVISA seria apto a tratar essa doença;

c) o medicamento pleiteado seria eficaz contra a doença, considerando as características biológicas do autor;

d) o medicamento pleiteado seria seguro.

Desses pontos, o nosso sistema jurídico só está preparado para comprovar o primeiro. Não é desarrazoado concluir que um atestado médico, confirmado por uma perícia médica, informando que o autor possui uma determinada doença, deva ser presumido verdadeiro. Ainda que o diagnóstico não seja uma ciência exata, é razoável presumir que um feito por um médico especialista é confiável.

O mesmo não ocorre com os outros três pontos. Nenhum médico conhece absolutamente todos os medicamentos registrados na ANVISA e é capaz de garantir, com grau adequado de segurança, que nenhum deles terá o efeito desejado no autor, considerando as suas peculiaridades biológicas.

Da mesma forma, é desarrazoado achar que um médico, individualmente, mediante atestado, ou que uma perícia médica feita por um indivíduo consubstanciada em um laudo elaborado no decorrer de uma semana possa substituir a análise feita pela ANVISA. O Registro de medicamentos pela ANVISA decorre de análise pormenorizada, feita por equipe especializada, no decorrer de meses e tendo como base extensa documentação e resultados de testes de que o médico perito não dispõe.

Como presumir que um médico individualmente seja capaz de concluir com a segurança necessária a eficácia de um medicamento tão específico que só é produzido por uma empresa em todo o mundo? Para tratar de doença tão rara que a grande maioria dos médicos passará a vida sem ter contato com ela, quanto mais conhecê-la ao ponto de saber quais tratamentos são ou não eficazes? Como admitir que um médico conclua sobre a segurança de um medicamento sem que este seja submetido a testes antes? Testes que, em razão

do preço do medicamento e da raridade da doença o médico certamente não terá como fazer de maneira suficientemente segura.

Saliente-se que, de acordo com o art. 18 da lei 6.360, a circunstância de o medicamento ser registrado no país de origem não o dispensa de passar por todo o procedimento respectivo no Brasil. A lei, claramente, descarta qualquer presunção ao fato de outra instituição correlata à ANVISA ter aprovado o medicamento em análise.

Na mesma forma, é importante consignar que o dispositivo legal utilizado como fundamento jurídico para excepcionalização do registro da ANVISA, o art. 8º, §5º da lei 9.782 de 1999, só dispensa o registro de medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais. Ou seja, o medicamento, para poder ser dispensado do registro deve ser não só admitido como seguro por organismo multilateral internacional (não sendo suficiente a aprovação de um ou outro país), mas também ser eficiente ao ponto de referido organismo decidir por distribuí-lo a outros países, o que não ocorre nos muitos casos em que há deferimento da concessão de medicamentos com esse fundamento legal.

Ainda assim, diante desse quadro, o juiz simplesmente adota o raciocínio processual clássico. O autor junta prova documental consistindo em atestados e em literatura de origem e confiabilidade desconhecidas afirmando que o medicamento é eficaz e seguro e que inexistente outro capaz de tratar essa doença. A União suscita a dúvida sobre essa questão ao levantar a ausência de registro na ANVISA, mas é incapaz de comprovar a falsidade do atestado e da literatura, em razão das limitações vistas no item anterior, bem como a própria complexidade do processo necessário para se chegar a essa conclusão. A constatação feita no atestado é confirmada pela prova pericial, que consistiu no perito aferindo se o autor possui os sintomas da doença rara, seguida da emissão de um laudo repetindo o que foi dito no atestado após consulta a alguma literatura sobre o caso. Diante de uma prova documental cuja falsidade não fora comprovada e que fora confirmada por perícia, o juiz presume verdadeiro o seu conteúdo e defere o fornecimento do medicamento,

normalmente condicionado a perícias periódicas (normalmente semestrais), que se limitarão a constatar se o autor continua com a doença e a repetir as conclusões da perícia inicial.

E, nesse processo, continua-se a presumir-se suficientemente seguro e eficaz um procedimento feito completamente ao arrepio da lei, com base em análise pontual feita por indivíduos sem a preparação e os insumos necessários a chegar a essa conclusão com a segurança que exige a legislação.

Aberta a possibilidade de deferimento em casos “excepcionais”, o juiz tende a considerar todos os pleitos que lhe são apresentados como dessa natureza, já que “comprovada” a eficácia, a necessidade e a segurança do medicamento, ainda que de forma completamente desconforme com o que prevê o dispositivo legal que subsidia tal exceção. Mas como fora processualmente comprovado dessa forma, presume-se, por ficção jurídica, que essa conclusão é verdadeira e indubitável.

Há ainda uma terceira falha nesse processo judicial de deferimento de medicamentos que precisa ser analisada, e essa acaba por ser mais potencialmente gravosa do que as duas primeiras. Vamos a ela.

#### **4 A CONTRAPOSIÇÃO ENTRE A LÓGICA DO DIREITO SUBJETIVO À SAÚDE E A LÓGICA ADMINISTRATIVA DE ALOCAÇÃO DE RECURSOS FINITOS E DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA**

A última razão, e principal, para a distância entre a ideia de “excepcionalidade” do precedente do STF e a unanimidade presente nas decisões do Tribunal Regional Federal da 1ª Região são as lógicas distintas que basearam uma e outra. A constatação de que a importação de medicamentos sem registro na ANVISA deve ser excepcional decorre de um entendimento ocorrido em audiência pública, na qual estiveram presentes representantes de diversas entidades de caráter técnica e onde a questão foi discutida para além da perspectiva estritamente jurídica, o que não ocorre nas decisões judiciais do TRF-1, tomadas a partir da lógica clássica do direito subjetivo.

A lógica de caráter administrativo utilizada na audiência pública e nas definições de políticas públicas admite algum grau de flexibilidade nos termos. Ao se dizer que uma determinada providência é “excepcional”, diz-se que ela é de tal modo arriscada que só irá ocorrer em situações em que, ou os riscos da medida são minorados (segurança do medicamento é comprovada para além de qualquer suspeita razoável), ou os benefícios que ela vem a ter suplantam os eventuais custos (eficácia do medicamento comprovadamente elevada ao ponto de justificar o dispêndio de montante considerável de recursos públicos para uma política que atingirá um número diminuto de pacientes). Essa lógica do custo-benefício permeia toda atuação administrativa no âmbito da elaboração e implementação de políticas públicas e é familiar aos responsáveis por tais medidas.

Já a lógica da decisão judicial é cartesiana: ou o autor tem o direito subjetivo, ou ele não o tem. O caráter econômico não é visto como um elemento a ser sopesado, mas sim uma objeção: se comprovada a inviabilidade econômica de concessão do medicamento, aplica-se a reserva do possível, se não, concede-se o medicamento, ainda que se trate de gasto elevado para um tratamento inseguro e de eficácia duvidosa. Não há espaço, nesse raciocínio, para o “excepcional”. Se o autor tiver a doença, não tiver como pagar o tratamento e sendo este o único meio disponível para esse fim (com os vícios desta constatação já vistos no item anterior), a exceção estaria configurada. Ainda que o raciocínio do sopesamento esteja ganhando força em outros pontos do Direito, a partir da teoria de Robert Alexy, nesta área específica não há sopesamento da eficiência da medida, mas sim apenas a aplicação da objeção (de caráter cartesiano) da reserva do possível.

Essa circunstância é facilmente aferível pela leitura dos acórdãos do TRF-1. A guisa de exemplo, transcreve-se um deles adiante, cujos termos se repetem em inúmeros outros. Disse o tribunal:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO DE ALTO CUSTO. EXCEPCIONALIDADE. ÚNICA OPÇÃO PARA



MELHORA NA QUALIDADE DE VIDA DO PACIENTE.  
PRELIMINARES REJEITADAS.

1. Não merece prosperar a preliminar de ilegitimidade passiva da União, uma vez que, em se tratando de responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos e de tratamento médico a hipossuficientes, como no caso, "a União Federal e os Estados, solidariamente com o Distrito Federal e os Municípios, estão legitimados para figurarem nas causas em que se objetiva tratamento médico, em razão de comporem o Sistema Único de Saúde - SUS. Precedentes do STJ e do STF" (AC 0030601-48.2010.4.01.3500/GO, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1 de 10/01/2014, p. 323).

2. As duas Turmas que compõem a Terceira Seção firmaram o entendimento de que, constando dos autos prova documental suficiente ao deslinde da controvérsia, não há que se falar em cerceamento de defesa por falta de produção de prova pericial (AC 0031552-22.2008.4.01.3400/DF, Rel. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, Sexta Turma, e-DJF1 p.971 de 04/02/2015; AC 0000283-41.2013.4.01.3803/MG, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, e-DJF1 p.994 de 31/10/2014, dentre outros).

3. A leitura das razões do recurso interposto demonstra que a União não logrou apresentar elementos aptos a desconstituir os fundamentos da decisão proferida. A despeito do quanto alegado pela agravante, a jurisprudência das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte já se consolidou no sentido de prestigiar o entendimento do Supremo Tribunal Federal nos autos da Suspensão de Tutela Antecipada nº 244, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que conferiu à matéria disciplina jurisprudencial específica sobre a entrega de medicamentos em situações similares à do presente caso.

4. Na hipótese dos autos encontra-se presente a excepcionalidade apta a justificar a atuação do Judiciário pelos seguintes motivos:

- a) a parte autora demonstrou que não tem condições financeiras de arcar com o custo do tratamento pleiteado;
- b) não existe outro tratamento fornecido pelo SUS para a doença que a acomete;
- c) o tratamento não é de cunho experimental, como disposto na decisão proferida na STA 244/STF e
- d) o Poder Público não demonstrou a impossibilidade de arcar com os custos do tratamento, af incluída prova do direcionamento dos meios disponíveis para a satisfação de outras necessidades essenciais.

5. O fato de determinada medicação não possuir registro na ANVISA, por si só, não afasta o direito do portador de doença grave ao recebimento do remédio. Assim, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na STA 175 AgR/CE, em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA, quando "adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde", nos termos da Lei 9.782/99.

6. A fixação de multa diária pela decisão recorrida não se revela abusiva. A jurisprudência da Quinta Turma desta Corte tem considerado legítima a imposição de multa diária para assegurar o adimplemento da obrigação de fazer, nos termos do artigo 461, § 4º do CPC, mormente em situações em que envolve o direito à saúde. Precedentes.

7. Agravo regimental da União a que se nega provimento.

(AG 0045384-64.2013.4.01.0000 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES, QUINTA TURMA, e-DJF1 de 13/09/2016)

A leitura, em especial, do item 4, da decisão faz transparecer o raciocínio jurídico antes delineado. O autor, na qualidade de ser humano, possuiria o direito subjetivo à saúde. Em razão disso, se ele precisar de um medicamento, independentemente do custo ou da procedência, e não puder obtê-lo por outros meios, o Judiciário deve determinar o seu fornecimento sem custo pelo Estado, salvo se este comprovar ser impossível arcar com os custos do tratamento (reserva do possível). Os elementos "segurança" e "eficácia" só estão presentes na exigência de não se tratar de "tratamento experimental", o que não é suficiente para assegurar o nível de certeza que as leis 6.360/76 e 9.782/99 trazem. Vale salientar, inclusive, que, inobstante esta última excepcionar o registro apenas no caso de medicamento "adquirido por intermédio de organismo multilateral", essa circunstância não é mencionada como presente em canto algum.

É razoável de se esperar que um órgão judicial decida a partir da lógica jurídica. Se o processo decisório judicial, em geral, fosse pautado pela lógica administrativa, os resultados seriam desastrosos. Mas é necessário que os limites sejam conhecidos, estabelecidos e respeitados.

O caso da importação de medicamentos sem registro na ANVISA é um exemplo patente em que a decisão é tomada no momento em que se escolhe quem é competente para fazer essa definição, em razão da forma como o processo decisório é feito<sup>12</sup>. Sendo o Judiciário o último responsável pela escolha a ser feita, deve ter ele o discernimento de detectar os limites da própria cognição e, nos casos difíceis, ter deferência<sup>13</sup> à análise feita pelo órgão criado e especializado para a elaboração e implementação da política pública sob sua análise<sup>14</sup>. A hipertrofia que se observa hoje no Judiciário, que de tudo conhece e sobre tudo decide, pode levar a efeitos desastrosos: se toda pessoa receber do Estado as medidas necessárias ao completo cumprimento dos seus direitos sociais, sistema tende a entrar em colapso.

## 5 CONCLUSÃO

A partir da presente análise foi possível concluir que existem diferenças entre o processo decisório no âmbito administrativo e no âmbito judicial e as peculiaridades deste geram perplexidades quanto à importação de medicamentos sem registro na ANVISA, ao ponto do Tribunal Regional Federal da 1ª Região dar tratamento de regra à excepcionalidade consignada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE.

<sup>12</sup> KOMESAR, Neil K. *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy*. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

<sup>13</sup> Sobre esse ponto, ensina Alexandre Santos de Aragão que: “O princípio da deferência impõe que só haverá sindicabilidade diante de opções ou interpretações desprovidas de razoabilidade, flagrantemente inconstitucionais ou ilegais. Entre várias opções ou interpretações razoáveis, deverá ser respeitada a que foi adotada pela Administração, ainda que haja outras também plausíveis. (ARAGÃO, Alexandre Santos. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 617.)

<sup>14</sup> Em sentido similar, ensina Gustavo Amaral que: “Todo o modo de funcionar da judicatura, a iniciativa por provocação, o impulso oficial, a linearidade do procedimento e as regras de preclusão não constituem procedimentos apropriados para lidar com a dinâmica das decisões alocativas. Tais decisões são sempre mutáveis em função da evolução dos fatos, do conhecimento que deles se tenha e da percepção daí advinda. [...] Ante a pluralidade de critérios, procedimentos alocativos, e peculiaridades de cada gênero de necessidade a ser suprida, há um papel essencial para agências paraestatais, notadamente no campo médico, em que a tecnicidade das questões praticamente impossibilita uma disciplina formalmente legislativa exaustiva, mas nem por isso se deve deixar escolhas de vida ou morte sem ampla possibilidade de controle social.” (AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2010.).

Em razão da ineficiência da relação processual clássica para tutelar interesses públicos do réu; da utilização de ficções jurídicas para formar o convencimento do juízo nas ações relativas à implementação de políticas públicas; e do descompasso entre a lógica administrativa de alocação de recursos e da judicial de tutela ao direito subjetivo, são tomadas decisões pelo Judiciário que, se transplantadas para outras áreas, são capazes de gerar efeitos bastantes deletérios. Nesse ponto, é necessário que o juiz reconheça os limites que o sistema jurídico possui, agindo com deferência aos demais poderes nos casos que, pela sua alta especialidade técnica, a cognição estritamente jurídica e os instrumentos processuais a disposição do juízo, não são suficientes para subsidiar uma decisão minimamente segura.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Estado deve usar verba de publicidade na compra de medicamento de alto custo**. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/novembro/estado-deve-usar-verba-de-publicidade-na-compra-de-medicamento-de-alto-custo>>. Acesso em 16 dez. 2016.

BRASIL. **Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6360.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6360.htm)>. Acesso em 16 dez. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9782.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm)>. Acesso em: 16 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE**. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 14 dez. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Agravo de Instrumento nº 0045384-64.2013.4.01.0000**. Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes.

Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 14 dez. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível nº 0018612-58.2013.4.01.3300**. Relator: Desembargador Federal Souza Prudente. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. v. 1.

GARSCHAGEN, Bruno. **Pare de acreditar no governo: por que os brasileiros não confiam nos políticos e amam o Estado**. Rio de Janeiro: Record, 2015.

KOMESAR, Neil K. **Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy**. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito coletivo**: volume único. São Paulo: MÉTODO, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**: algumas aproximações: direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. v. 2.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SEGATTO, Cristiane. **O paciente de R\$ 800 mil**. 2012. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em 16 dez. 2016.

# DIREITOS HUMANOS À BRASILEIRA E A DISTÂNCIA ENTRE O DISCURSO E A PRÁTICA EM RELAÇÃO À DEFESA DAS VÍTIMAS DOS CRIMES

James Frade Araújo<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente trabalho investiga os Direitos Humanos à brasileira e a distância entre o discurso e a prática em relação à defesa das vítimas dos crimes. Neste estudo de modo algum se questiona a importância dos Direitos Humanos, apenas propõe reflexões sobre a prática erroneamente adotada no Brasil de defesa de parcelas da população (criminosos, minorias e outras) em detrimento dos Direitos Humanos da sociedade como um todo independentemente da face do sujeito passivo deste Direito. Refletiremos como essa distorção provoca uma falta de legitimidade e representatividade dos Direitos Humanos no Brasil, em razão da não convergência do discurso com a prática desse ativismo em relação às mazelas sofridas pelas diversas camadas sociais. Com base nas legislações atuais e na escassa doutrina relacionada aos Direitos Humanos das vítimas, o presente trabalho inovará ao meditar sobre o estudo dos Direitos Humanos no Brasil e a sua visão distorcida em relação às vítimas.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos. Vítimas dos crimes. Vitimologia. Estado e Direito.

## ABSTRACT

This study investigates the Brazilian Human Rights and the distance between discourse and practice in relation to the defense of the victims of crimes. In this study in no way questions the importance of human rights, only proposes reflections on the practice wrongly adopted in the part of the population defense of Brazil (criminals, minorities and others) at the expense of human rights of society as a whole regardless of the face taxpayer of this law. We will reflect such distortion causes a lack of legitimacy and representativeness of Human Rights in Brazil, due to the non-convergence of discourse with the practice of this activism in relation to the ills suffered by various social strata. Based on current legislation and scarce doctrine related to

---

<sup>1</sup> Formado no Instituto Superior de Ciências Policiais de Brasília em 2007. Oficial combatente com carta-patente no posto de Capitão da Polícia Militar do Distrito Federal. Graduado no UniCEUB em 2015. Pós-Graduando em Direito Penal e Controle Social pelo UniCEUB em 2016.

the human rights of victims, this work innovates to meditate on the study of human rights in Brazil and its distorted view for the victims.

**Keywords:** Human Rights. Victims of crimes. Victimology. State and Law.

## 1 INTRODUÇÃO

A prática adotada pelos ativistas de Direitos Humanos no Brasil tem se pautado inegavelmente na defesa dos direitos dos autores de delitos ou das minorias, na maioria das vezes, suscitando assim, por parte da sociedade em geral, um sentimento de não representatividade da atuação dos Direitos Humanos em proteger a sociedade e, também, se observa uma distorção entre o discurso e a prática que deveria nortear a atuação desse ativismo humanitário, que é a proteção de “todo o ser humano” em todos os aspectos (principalmente direitos à vida e à segurança), sem quaisquer distinções.

A metodologia eleita que será adotada no desenvolvimento deste trabalho será o método dedutivo. Em relação ao procedimento de investigação científica, adotar-se-á o método monográfico. Esta pesquisa se desenvolverá tendo como subsídios documentos, análise de doutrina e conceitos, pesquisas de legislações em vigor (no Brasil e Tratados), bem como bibliografias relacionadas ao tema e análise do cotidiano vivenciado pelo cidadão brasileiro.

O Estado deve assegurar que todas as pessoas humanas tenham os seus direitos respeitados. O uso da força e violência deveria ser monopólio do Estado e usados em casos excepcionalíssimos. Constitui-se algo abominável na comunidade internacional o uso da violência, devendo o Estado envidar esforços em proteger as pessoas quanto a sua integridade, ao direito de existir e a viver com segurança.

No entanto, o Estado brasileiro não tem conseguido utilizar os seus instrumentos de prevenção da criminalidade e de promoção da cidadania e da segurança pública de forma eficaz. Comparando-se a educação de uma pessoa humana para a cidadania com uma fábrica, o aparato policial seria apenas o último estágio dessa linha de montagem no intuito de possibilitar ao cidadão

uma vida digna e com segurança. Quando o aparato policial se mostra bastante em evidência num país, isso demonstra que todo o aparato preventivo institucional ou não institucional está à beira do colapso ou em semi-falência (instituições de Estado, educação, legislação, sociedade civil, Legislativo e Judiciário, políticas públicas, direito ao trabalho, vida com dignidade, valores morais através da família, instrução das escolas, dentre outros). Lembrando-se que segurança pública é dever do Estado e responsabilidade de todos, conforme aduz o *caput* art. 144 da Constituição Federal<sup>2</sup>.

O noticiário publica diariamente sobre: a prática de crimes de toda a ordem; o sofrimento da sociedade com a criminalidade que muitas vezes permanece impune; e a omissão do Estado em exercer efetivamente o Direito de punir os criminosos. Isso tem provocado um sentimento social de retorno da vingança privada, em que a própria sociedade acaba processando e julgando sumariamente o perpetrador, sem direito a ampla defesa e contraditório, no estilo olho-por-olho do Código de Hamurabi, gerando mais violência.

No Estado Democrático de Direito, o dever de proteção estatal abrange uma *política integral de proteção dos direitos*, não se referindo apenas ao sentido clássico de direitos *contra* o Estado como limitador ao poder de punir (proteção negativa), mas também se refere à proteção de direitos *através* do Estado (proteção positiva), em virtude do dever do Estado em proteger os indivíduos contra possíveis agressões e violências provenientes de condutas criminosas. A compreensão sobre a *Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Humanos*<sup>3</sup>, juntamente com o estudo da Vitimologia e das situações do cotidiano social, político e econômico, estatal e jurídico, possibilitarão uma melhor percepção dos Direitos Humanos das vítimas e as distorções entre o discurso e a prática desse ativismo humanitário no Brasil.

---

<sup>2</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2016.

<sup>3</sup> Conceito inaugurado nesta pesquisa. Esse conceito amplia a atuação do Estado e aumenta o rol de legitimados dos Direitos Humanos a serem protegidos. Ademais, ampliasse a noção de Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais (Direitos Humanos positivados) para uma perspectiva maior adotando-se a *Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Humanos*, abrangendo-se diversos legitimados e meios de defesa desses direitos.



Diante da tamanha importância do tema, sobretudo quando relacionado às vítimas dos crimes, este presente trabalho será fracionado de maneira a facilitar o estudo e a compreensão deste tema, apresentando uma análise sobre os Direitos Humanos das vítimas de crimes no Brasil e a visão distorcida dos Direitos Humanos em defesa das vítimas. O foco deste trabalho evitará o senso comum do ativismo dos Direitos Humanos em criticar o aparelho policial e o Estado como se vivêssemos eternamente no período militar ou em guerra fria, assim como evitaremos tecer críticas a temas já tão debatidos pela doutrina nacional, pelos sociólogos, juristas, marxistas, gramscistas e supostos intelectuais, pois já se tornaram clichês e lugares comuns que pouco tem contribuído ao entendimento da realidade e à construção social. A proposta desta pesquisa será trilhar um estudo diferenciado e inovador; promovendo um olhar a contrassenso da maioria sobre o tema dos Direitos Humanos em questões aparentemente pouco comentadas pela doutrina brasileira e pela academia, porém já consolidadas pelo conhecimento empírico do cidadão brasileiro no seu cotidiano.

## **2 ESTUDO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL E SUA VISÃO DISTORCIDA EM RELAÇÃO ÀS VÍTIMAS**

### **2.1 Dos direitos humanos das vítimas: distorções entre o discurso e a prática**

A Declaração Universal de Direitos do Homem prevê no art. 3º que todas as pessoas têm Direito à segurança pessoal. Tão importante para a existência humana, os direitos à vida e à segurança pessoal fundamentam a própria existência do Estado. A valorização desses direitos aperfeiçoam a dignidade da pessoa humana e o progresso da civilização, posto que o direito à vida e à segurança são os direitos humanos mais sagrados da existência humana.

A ojeriza da sociedade pelos Direitos Humanos se dá em razão de que as práticas adotadas pelo ativismo humanitário vão de encontro ao discurso propagado. É evidente que qualquer pesquisa relacionada a Direitos Humanos com a população concluiria que a percepção da maioria da sociedade seria de

que ela não se identifica e nem se sente representada por esses movimentos de Direitos Humanos no Brasil. Antes de prosseguirmos, devemos pontuar que a crítica e a reflexão construtiva que aqui seguir-se-ão não irá se referir aos ditos Direitos Humanos, pois estes são fundamentais para uma convivência em sociedade e para que haja a almejada dignidade da pessoa humana. As críticas aqui desenvolvidas serão dirigidas ao ativismo distorcido adotado no Brasil. Nesse capítulo verificaremos sobre os Direitos Humanos das vítimas no Brasil e refletiremos sobre alguns discursos e práticas erroneamente adotados no Brasil pelos “movimentos” de Direitos Humanos.

Faz-se necessário diferenciar os conceitos de Direitos Humanos e de Direitos Fundamentais<sup>4</sup>. Os Direitos Fundamentais (*Grundrechte*) consistem nos “Direitos Humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais<sup>5</sup>”. Os direitos fundamentais são direitos humanos e estes significam os direitos válidos para todos os homens, independentemente do contexto social, não conhecendo fronteiras, nem comunidades éticas específicas<sup>6</sup>. Em virtude dessa semelhança, o conteúdo dos Direitos Fundamentais muitas vezes se equipara perfeitamente ao conteúdo dos Direitos Humanos, diferenciando-se somente em razão do plano que estão previstos<sup>7</sup>.

Insta salientar, por oportuno, que os direitos humanos devem ser entendidos sob o prisma do Estado Democrático de Direito, para que a interpretação se dê no sentido da *política integral de proteção dos direitos*. A clássica interpretação se dava no sentido de proteção do indivíduo *contra* o poder do Estado (proteção negativa ou eficácia vertical dos direitos fundamentais), entretanto a política integral de proteção dos direitos do cidadão abrange a proteção de direitos *através* do Estado (proteção positiva ou

<sup>4</sup> A expressão “Direitos Fundamentais” (*droits fondamentaux*) surgiu na França, em 1770, no movimento político e cultural que deu origem à Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. (NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Método, 2011).

<sup>5</sup> WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

<sup>6</sup> COSTA JR., Ademir de Oliveira. A eficácia horizontal e vertical dos Direitos Fundamentais. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 10, n. 41, maio 2007.

<sup>7</sup> SANTOS, Sérgio Nunnes. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais: o particular como “vilão” e o Estado como guardião? *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 3990, jun. 2014.

eficácia horizontal dos direitos fundamentais), em virtude do próprio Estado ter por obrigação a proteção dos indivíduos contra possíveis agressões e violências provenientes de condutas criminosas, oriundas tanto de particulares quanto do Estado.

A importância da atuação estatal na defesa de direitos humanos fica mais esclarecida quando distinguimos a Teoria da Eficácia Vertical e a Teoria da Eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais<sup>8</sup>. A *Teoria da Eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais* surge nas Constituições de Estados Liberais como forma de defender as liberdades, garantias e direitos do indivíduo oponíveis perante o Estado (direitos de primeira geração), ou seja, direitos que limitariam a poder dos governantes em face dos direitos e liberdades individuais dos súditos-governados, resumindo-se na aplicação dos direitos fundamentais numa relação de verticalidade (Estado versus indivíduo-particular)<sup>9</sup>.

Com o passar dos anos, a “sociedades técnicas de massa” possibilitou a produção em larga escala e os contratos de adesão nas relações de trabalho, tornando as relações sociais entre os particulares cada vez mais complexas. Verificaram-se também abusos não somente por parte do Poder Público, mas também nas relações entre particulares, fazendo-se necessário que o Estado não se omitisse ou negligenciasse tais abusos sem a sua interferência nas relações horizontais entre os particulares<sup>10</sup>. É nessa conjuntura de Estado Social que surge a *Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais*<sup>11</sup> a qual objetiva não apenas a proteção dos direitos da sociedade contra a ingerência estatal sobre suas liberdades e propriedades, mas também o Estado irá proteger os cidadãos de possíveis lesões advindas dos próprios particulares<sup>12</sup>, ou seja, o governante além de se abster de lesionar os direitos e garantias

---

<sup>8</sup> SANTOS, Carla Maia dos. *Qual a distinção entre eficácia vertical e eficácia horizontal dos direitos fundamentais?* Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso: 02 jul. 2016.

<sup>9</sup> RAMALHO, Leandro Ávila. A eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais no Brasil. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v.14, n. 90, jul. 2011.

<sup>10</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

<sup>11</sup> FACHIN, Zulmar. *Funções dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

<sup>12</sup> RAMALHO, Leandro Ávila. A eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais no Brasil. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v.14, n. 90, jul. 2011.

fundamentais, irá também proteger os cidadãos dos abusos dos particulares contra seus direitos fundamentais (proteção através do Estado e implementação do *Welfare State*). Vale destacar que é possível ampliar esse raciocínio para inaugurarmos uma *Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Humanos*<sup>13</sup>, uma vez que os Direitos Fundamentais estão contidos nos Direitos Humanos e, com isso, dar-se-ia uma maior efetividade a proteção dos Direitos Humanos em todas as relações dos cidadãos (independente se na relação cidadão-Estado ou cidadão-cidadão).

Verifica-se que o movimento de “Direitos Humanos” à brasileira sofre de uma crise de identidade e de legitimidade social no país, em razão da sociedade não se sentir representada pelos movimentos de Direitos Humanos, pois essa miopia do movimento no Brasil provoca um distanciamento entre o discurso e a prática e um distanciamento de identificação da população em geral com esses direitos. Nesse estudo se propõe que os Direitos Humanos sejam efetivados a todas as camadas da sociedade, não se diferenciando o destinatário desse direito em razão cor de pele, opção sexual, condição financeira, origem de nascimento, religião, ou nenhum outro estereótipo, pois todo ser humano é destinatário deste direito.

Como é cediço, a doutrina brasileira adotou a Teoria Mista da Pena<sup>14</sup> ou Unificadora<sup>15</sup> que abrange tanto as finalidades da Teoria Retributiva quanto as Teorias Preventivas (Geral e Especial), *ex vi* art. 59 do Código Penal<sup>1617</sup>. A Política de Direitos Humanos no Brasil tem direcionado suas críticas principalmente à finalidade de ressocialização da pena (prevenção especial positiva), algo que as prisões brasileiras tem tido dificuldade nesse quesito, porém essa é apenas uma das diversas finalidades da pena, como por exemplo:

---

<sup>13</sup> Este artigo propõe ampliar o raciocínio para criar a *Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Humanos*.

<sup>14</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Madri: Civitas, 1999. p. 229.

<sup>15</sup> NERY, Déa Carla Pereira. Teorias da pena e sua finalidade no direito penal brasileiro. *Universo Jurídico*, Juiz de Fora, ano 11, jun. 2005.

<sup>16</sup> Optou-se pela teoria mista aditiva, *ex vi* do art. 59 do CP, tendo em vista que determina ao juiz, na aplicação da pena, “[...] estabelecer, conforme seja suficiente e necessário para a reprovação e prevenção do crime.”

<sup>17</sup> BRASIL. *Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 2 jul. 2016.

encarceramento, intimidação, evitar reincidência no crime, neutralizar nova ação delitiva, retribuição, penitência e expurgação, intimidação e credibilidade no sistema, exemplo para a sociedade, dentre outros)<sup>18</sup>. A Política de Direitos Humanos no Brasil vem interpretando principalmente como violação aos Direitos Humanos quando o agente violador for o Estado, ou seja, prioriza a relação indivíduo-Estado, o tratamento do detido e a ressocialização do condenado. O questionamento da população em geral se dá no porquê os Direitos Humanos são invocados para proteger apenas os criminosos, enquanto a população vítima permanece esquecida e desamparada por esses mesmos direitos. Essa atuação distorcida do ativismo brasileiro, em defesa de um excessivo garantismo ao criminoso, tem gerado um distanciamento dos Direitos Humanos quanto às reais necessidades das vítimas, visto que essa vítima também sofrerá as consequências do crime (se também não sofreu consequências da falta de Direitos Humanos antes do crime ao longo da vida) e precisar-se-á de meios para a sua reintegração e *ressocialização das vítimas* ao convívio social<sup>19</sup>. No entanto, os Direitos Humanos vem demonstrando subjetivamente esquecimento e desamparo em relação às vítimas dos crimes<sup>20</sup>.

Direitos humanos não são direitos apenas de minorias, de criminosos, de detentos ou culpados, mas sim de toda a sociedade, seja de minorias ou majorias, nordestinos ou sulistas, pobres ou ricos, minorias sexuais ou mulheres ou homens, cor de pele negra ou branca ou mulata, seja de religiões de matrizes africanas e ateus ou da maioria cristã católica ou evangélica-pentecostal, seja de esquerda ou de direita ou centro, seja de brasileiros natos ou de imigrantes, seja de crianças ou adultos ou idosos, seja de criminosos e menores infratores ou da sociedade como um todo, seja de minorias sexuais ou de majorias heterossexuais, seja dos portadores de necessidades especiais ou das pessoas sem tais necessidades, seja dos marxistas-comunistas ou dos

---

<sup>18</sup> NERY, Déa Carla Pereira. Teorias da pena e sua finalidade no direito penal brasileiro. *Universo Jurídico*, Juiz de Fora, ano 11, jun. 2005.

<sup>19</sup> Conceito do autor: "*Ressocialização das vítimas*" – Possibilitar meios de reintegrar a vítima ao convívio social pós-crime e ao *status a quo*.

<sup>20</sup> GONÇALVES, Victor Minarini. Vitimologia: conceituação e aplicabilidade. *Revista Jus Navigandi*, fev. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36073/vitimologia-conceituacao-e-aplicabilidade>>. Acesso em: 2 jul. 2016.

liberais capitalistas, seja de guerrilheiros marxistas-comunistas ou de militares, seja do bandido ou do trabalhador, seja de gramscistas-comunistas ou de conservadores, seja de traficantes e criminosos ou policiais, ou seja, aos Direitos Humanos não se devem existir somente uma face, mas sim uma predileção pela condição humana em si, pois esses direitos são inatos e independem de reconhecimento em lei ou de condição social, econômica, política, origem ou religião, etc. A partir do momento em que o foco dos movimentos de Direitos Humanos à brasileira tiverem um olhar imparcial e sobre toda a sociedade, não mais haverá crise de identidade ou crise de legitimidade do distorcido ativismo em terras tupiniquins em relação à sociedade brasileira. Basta que o movimento de Direitos Humanos tenha um tratamento semelhante a uma mãe que não deveria diferenciar o amor pelos seus filhos, tratando a todos igualmente.

O critério de ser menos favorecido ou de estar fragilizado numa relação de poder ou de não representar o Estado não resolve claramente a distinção sobre quem é mais merecedor dos Direitos Humanos em determinadas situações. Quem seria mais favorecido ou protegido nesses exemplos: a) O *policia*l sem armamento ou com armamento sucateado, sem legislação suficiente que o ampare e que custeia a própria manutenção da viatura policial do Estado para defender a sociedade, que a todo tempo vive sob tensão de ser morto ao ser descoberta a sua profissão, que recebe salários diminutos ou atrasados para doar sua vida em prol de quem nem conhece ou de quem até mesmo o amaldiçoa, que reside onde há a criminalidade em razão de não ter condições de possibilitar algo melhor a sua família b) o *narcotraficante* do Comando Vermelho que detém equipamento dos mais modernos e podem custear os melhores advogados, custeia campanha de políticos e que ao ser preso, comanda ações criminosas de dentro do presídio, que comanda um “Estado Paralelo” com leis próprias, executando e condenando por si só dentro do território nacional (o que nunca deveria existir). Isso sem questionarmos que essa criminalidade às vezes se acoberta dentro das próprias entranhas do Estado, buscando autoproteção como uma espécie de moderno coronelismo; c)

Ou a Sociedade que sofre a mazela da criminalidade, que é tolhida do direito de ir e vir com segurança, que vive em casas como se fossem fortalezas, que se abriga em carros blindados, que não tem o direito no Brasil de autodefesa em razão de não poder portar armamento, ficando refém dos movimentos oportunistas que mentem para a população sobre os benefícios do desarmamento (enquanto a população referendou a sua escolha por ter o direito de portar arma e enquanto a população desarmada brasileira é a população que mais morre em números absolutos no mundo, sem que existisse guerra em solos tupiniquins), que mora em comunidades carentes sofrendo as piores condições de vida digna possíveis.

Diante dessas comparações, quem detém a força nesse quesito? Quem é o mais favorecido? Quem seria o mais forte em determinados momentos? É possível rotular e criar um etiquetamento de quem seria o detentor dos Direitos Humanos? Quais seriam as respostas a essas perguntas? Será que todos não seriam detentores da condição de ser humano? Será que todos os citados não detêm Direitos Humanos a ponto de serem defendidos? Fica a reflexão neste ponto. Como fazer a população abraçar os Direitos Humanos se elas não se identificam com a prática distorcida adotada pelos ativistas no Brasil? Como sensibilizar a população a defender os Direitos Humanos se eles não as defendem no dia-a-dia? Como provocarmos uma onda de Direitos Humanos se a população tem seus direitos constantemente violados e não protegidos pelo ativismo? Como tornar a população convergente à essência dos Direitos Humanos se ela não se sente coparticipante desse processo? Consoante já estudado, a Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais, ou por que não *Eficácia Horizontal dos Direitos Humanos*, permeiam a toda relação entre particulares ou até mesmo as relações entre indivíduo perante o Estado, ou seja, todas as pessoas humanas são sujeitas de direitos humanos, independentemente de quem as pessoas sejam ou em quais circunstâncias estejam quando forem vitimizadas. A doutrina jurídica, criminologia nacional, o Poder Judiciário e os ativistas de Direitos Humanos à brasileira, em diversos momentos, vêm distorcendo os Direitos Humanos para um excessivo

garantismo penal, deixando vítimas diretas e em potencial em estado de extrema vulnerabilidade. O foco dos estudos e debates de Direitos Humanos no Brasil mais se norteiam aos direitos e teorias que justificam os atos e protegem criminosos (atribuindo a culpa ao sistema capitalista, à sociedade ou à desigualdade social), do que priorizar os direitos fundamentais e humanos das vítimas ofendidas, brutalizadas e violentadas pelos criminosos.

O discurso do politicamente correto acaba por limitar e minimizar o grau de importância da vida de determinados cidadãos, o que não deveria existir em hipótese alguma, sob nenhuma condicionante e ponto final. No momento em que esses movimentos defenderem a população como um todo, independentemente de face, a partir desse instante a sociedade civil entenderá a essência dos Direitos Humanos e será ela própria defensora em primeiro grau desses direitos, independentemente de ativismos. Enquanto isso, a noção de importância dos direitos humanos não estará aderente aos corações e mentes da sociedade, pois elas não se sentirem detentoras desse direito. O ativismo não deve somente defender detidos ou criminosos, mas também deveria utilizar de todos os recursos necessários para a defesa social, permitindo que a sociedade assim pudesse se identificar convergentemente com o propósito da essência dos Direitos Humanos e se sentirem copartícipes e representadas por este direito que é fundamental, porém distorcido nas práticas adotadas no Brasil.

A luta de classes marxista-leninista e sua influência nas academias brasileiras reduzem os Direitos Humanos a uma simples luta e guerra entre opressores e oprimidos, dividindo a população em diversos segmentos (negros versus brancos, variantes sexuais versus heterossexuais, classe desfavorecida versus classe privilegiada, mulher versus homens, nordestinos versus sulistas, dentre outras diversas divisões maliciosamente adotadas pelo ativismo no Brasil), culpabilizando o capitalismo pelas mazelas e propagando ideias sobre implantação de uma suposta igualdade comunista do proletariado, em que nunca deu certo em nenhum lugar do mundo (Cuba, União Soviética, China, Coreia do Norte, entre outros). Esse ativismo equivocado desvirtua e corrompe a essência dos Direitos Humanos, além de se autolegitimarem como detentores



do saber (distante das reais necessidades sociais) e figurantes do status de “formadores de opinião”, deslegitimando as opiniões das camadas mais simples da sociedade. Evidencia-se assim o desvirtuamento e o uso político dos Direitos Humanos no Brasil. Os Direitos Humanos não devem ser utilizados como arma política ou agremiação de partidários, mas sim dar voz a todas as camadas da população, quer sejam minorias, quer sejam majorias. O teórico marxista-comunista Vladimir Lenin defendia que “uma minoria organizada vence uma maioria desorganizada”. Novamente pontua-se aqui que a crítica não é dirigida aos Direitos Humanos, mas sim a prática distorcida adotada no Brasil desses direitos, enquanto eles deveriam representar a todos, independentemente de faces.

## 2.2 Contribuições dos estudos da vitimologia para proteção das vítimas dos crimes

É necessária uma conceituação do termo vítima, para que se compreenda a amplitude do tema de Direitos Humanos das vítimas. A palavra *vítima* é originada do latim “*victima*” e designa animal ou pessoa sacrificada ou que se destinará ao sacrifício. De acordo com a etimologia a palavra vítima oriunda do verbo *víncero* que consiste em atar, pois logo após a pessoa ou animal ser sacrificado ficava exposto amarrado como símbolo de vitória, sem poder opor resistência ao sofrimento, tendo um aspecto conotativo e depreciativo relacionado à derrota, perda ou vencido<sup>21</sup>. O Dicionário Aurélio<sup>22</sup> define vítima como homem ou animal dado ao sacrifício aos deuses, ou pessoa condenada a alguma pena de forma arbitrária ou pessoa assassinada ou ferida ou que sofreu alguma desgraça. Define-se vítima também como indivíduo ou coletividade que sofre as consequências sociais em razão de um desígnio provocado por diversos fatores (incidental ou acidental, psíquico, social, político, econômico, do

<sup>21</sup> JORGE, Aline Pedra. *Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

<sup>22</sup> DICIONÁRIO AURÉLIO. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/dicionario/home.asp>>. Acesso: 02 jul. 2016.

ambiente natural ou técnico)<sup>23</sup>. Para a ONU – Organização das Nações Unidas, na Resolução 40/34 no anexo da Declaração Universal dos Direitos das Vítimas se conceitua “vítima” as pessoas, coletiva ou individualmente, que sofreu danos, sobretudo lesões mentais ou físicas, perda financeira ou redução dos seus direitos fundamentais, ou sofrimento emocional, em virtude de omissões ou ações que violaram a legislação penal em vigor nos Estados-partes, incluindo-se a prescrição de abuso de poder. Sendo assim, embora haja inúmeras conceituações de vítimas, este trabalho objetivará lidar com todos os tipos de vítima, sem restringir a rótulos ou etiquetamentos criminológicos, reduzindo o público alvo dos Direitos Humanos a somente criminosos ou minorias, pois, ao contrário, toda e qualquer pessoa violentada, ofendida ou agredida, independentemente do conceito de vítima atribuída, são sujeitas de direitos e terão o direito a buscar o devido amparo na justiça e no Estado.

O *processo de vitimização ou vitimizatório* é o efeito ou ação de uma pessoa ou coletivo de se vitimizar ou estar na condição vitimizada por terceiros, podendo ocorrer por omissão também. Há um binômio vitimal constituído por um lado com a vítima e de outro lado o agressor, podendo em determinados momentos a vítima ser o agressor e noutro momento o mesmo agressor se tornar vítima, não sendo uma condição fixa, pois a categoria de ofendido (agredido ou violentado) e ofensor (agressor ou violentador) não é unilateral, mas sim *ambilateral*. O processo de vitimização pode ser ostensivo, despercebido ou minimizado (quando as vítimas não buscam os mecanismos legais para fazer cessar o sofrimento). Esse processo secundário pode incluir também pessoas, instituições, grupos sociais e países nos diversos pólos ambilateralmente, bastando-se que estes sujeitos de direito tenham passado por situação de violência, degradação ou limitação, materializada por ameaças ou agressões (físicas, psicológicas ou outras formas) ou até mesmo quando sejam privadas de garantias sociais ou direitos básicos atribuídos aos cidadãos.

<sup>23</sup> PIEDADE JR., Heitor. *Vitimologia: evolução no espaço e no tempo*. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1993. p. 88-89.

A violência poderá se dar de forma *direta* ou *primária* (por meio de ameaça ou lesão ou agressão) e de forma *indireta* ou *secundária* (através de discriminação social ou impossibilidade ou dificuldade de acesso aos direitos básicos ou aos órgãos públicos ou ao sistema penal de proteção e apoio às vítimas), ou seja, o processo de vitimização nem sempre se inicia por um crime, ofensa, agressão ou violência propriamente dita, pode advir de processos após a ocorrência do delito em que a vítima sofra desrespeitos, omissões e esquecimentos, desinteresses, provocando violência secundária a essa vítima. Portanto, verificamos que o processo de vitimização pode se originar de pessoas, grupos, instituições, países, por ação ou omissão, de forma ambilateral, através da forma direta ou indireta. Conforme dito, o ativismo de Direitos Humanos no Brasil equivoca-se ao supervalorizar determinadas camadas sociais ou grupos, pois, em razão disso, acaba por cometer violações aos próprios Direitos Humanos das vítimas quando instintivamente normaliza processos de violência ou “desumaniza” determinadas pessoas que seriam detentoras de Direitos Humanos, fazendo isso por ato comissivo ou omissão, através da ação direta (ou primária) ou indireta (secundária ou institucional), ferindo assim a essência dos Direitos Humanos e Fundamentais, haja vista que todo ser humano é sujeito de direitos humanos.

O avanço do estudo da Vitimologia tem se aprofundado sobre os mecanismos de proteção das vítimas e, além disso, tem preenchido uma lacuna deixada pela omissão da Criminologia (que tem dado tratamento estatísticos às vítimas muitas das vezes) e dos Direitos Humanos no Brasil (que supervaloriza determinadas relações de poder individuo-Estado e camadas sociais e minorias em detrimento de toda a sociedade). Ademais, cumpre mencionar que o estudo da Vitimologia vem crescendo e se desenvolvendo nas últimas décadas, podendo citar como fatores responsáveis a esse crescimento às pressões exercidas por movimentos de direita dos governos (que defendem uma atuação mais eficaz do Estado para reprimir o crime e evitar impunidades), os

movimentos de defesa e proteção à mulher, bem como o crescimento das pesquisas em justiça criminal<sup>24</sup>.

Outras estudos interessantes na Vitimologia que possibilitam a identificação de violações aos Direitos Humanos das vítimas de forma reflexa que se referem por exemplo: a) a influência das características das vítimas e seu impacto sobre as decisões judiciais e sobre a aplicação da punição ao delinquente (raça, idade, sexo, ocupação, classe social, cor, status, respeitabilidade social, pressão da mídia, personalidade, distúrbios emocionais, ser atraente ou não, relacionamento com a vítima, tamanho da agressão, comportamentos da vítima antes e após o crime, comportamento durante o processo, histórico da vítima, vícios, conduta sexual, participação no crime, opção ou alinhamento político<sup>25</sup>); b) Prevenção da criminalidade através da prevenção da vitimização (proteger a vítima e desmotivar o delinquente – categoria em que o movimento feminista radical deslegitima por desconhecimento, independentemente de estudos científicos, porém os estudos vitimológicos não tem a pretensão de responsabilizar as vítimas e de eximir os criminosos da responsabilidade. Destarte, a Vitimologia tem interesse em investigar como evitar novos processos de vitimização); c) sobre as vítimas propensas e vítimas reincidentes – minorias, mulheres, crianças, idosos, estigmatizados, etc. – quais características foram marcantes para que haja propensão a vitimização e porquê determinadas vítimas podem se tornar futuramente vitimizadores ou agressores – ex: abusados se tornarem abusadores sexuais e supostas vítimas do Estado transformarem-se em terroristas); d) estudos sobre pós-vitimização (o efeito negativo ou positivo que influenciou no comportamentos das vítimas após sofrerem crimes); e) estudos sobre a experiência da vitimização (fatores como reagir ou não, confiança nas autoridades, denunciar e levar ao conhecimento das autoridades, o medo da represália dos delinquentes, fatores estes que influenciam na efetivação dos

---

<sup>24</sup> FATTAH, Ezzat Abdel. *Some Recent Theoretical Developments In Victimology*. In: Congresso Internacional de Criminologia de Lisboa, 1978, Lisboa. Anais Congresso Internacional de Criminologia, 1978. p. 659-693.

<sup>25</sup> Categoria incluída pelo autor desta presente pesquisa.

serviços policiais e na eficácia dos serviços públicos de atendimento às vítimas – atendimento médico, psicológico, assistência social e reparação dos danos sofridos pelas vítimas); f) estudos sobre o comportamento e atitudes dos delinquente e da vítima, recíprocas ou não (como a Síndrome de Estocolmo e a Síndrome de *Hijackee*)<sup>26</sup>.

É notório que os estudos da Vitimologia têm influenciado modificações nas leis e em outros dispositivos, modificando o enfoque do sistema de justiça penal de um excessivo garantismo relacionado apenas ao criminoso e buscando-se conjugar a proteção da vítima e da sociedade com os direitos do infrator. O aprofundamento dos estudos da Vitimologia permitirá um aprimoramento dos sistemas de proteção às vítimas e de políticas públicas.

Vale ressaltar que o Brasil tem caminhado timidamente nessas questões, pois as discussões voltadas aos criminosos ainda monopolizam os debates, relegando as políticas públicas e debates relacionados às vítimas a um menor grau de importância. Entretanto, proposituras de leis que elevam a condição da vítima como sujeito de direitos, de reparação, de atenção e de resgate da dignidade é um movimento em expansão, possibilitando assim progressivamente a máxima efetividade dos Direitos Humanos das vítimas.

### **2.3 Exemplos de práticas institucionais em defesa dos direitos humanos das vítimas**

No Brasil têm surgido algumas iniciativas que colaboram para a eficácia dos Direitos Humanos em relação às vítimas. Cumpre registrar uma importante prática, que coopera para enobrecer os Direitos Humanos relacionados às vítimas de crimes, adotada pelo Ministério Público do estado do Paraná que aplica os instrumentos internacionais (convenções, tratados e pactos), a Constituição da República de 1988 e a legislação do Ministério Público com a finalidade de possibilitar que os danos das vítimas resultantes de crimes sejam indenizados e ressarcidos, como desdobramentos do direito de acesso à justiça

<sup>26</sup> FATTAH, Ezzat Abdel. *Some Recent Theoretical Developments In Victimology*. In: Congresso Internacional de Criminologia de Lisboa, 1978, Lisboa. Anais Congresso Internacional de Criminologia, 1978. p. 659-693.

e de direitos fundamentais das vítimas (premiado com menção honrosa do Instituto *Innovare*<sup>27</sup> em 2008 – este Instituto premia as práticas inovadoras que elevaram a qualidade do serviço do Judiciário brasileiro). O Ministério Público do Paraná, desde o ano de 2007 e antes da nova vigência da lei nº 11.719/2008 (art. 397, inciso IV do Código de Processo Penal)<sup>28</sup>, já requeria ao juízo criminal diretamente que os danos causados às vítimas dos crimes fossem reparados, sem prejuízo da vítima futuramente propor no juízo cível a ação indenizatória.

Os promotores de justiça paranaense<sup>29</sup>, representantes do Ministério Público, órgão essencial à função jurisdicional do Estado e incumbido de tutelar os interesses indisponíveis sociais e individuais da cidadania<sup>30</sup>, têm obtido uma elevação na credibilidade da sociedade em relação à forma de administrar a justiça, possibilitando um melhor respeito da cidadania e dos direitos básicos. Ações assim demonstram que há uma preocupação com os direitos do autor do crime e ao mesmo tempo com os direitos das vítimas, difundindo uma nova visão aos operadores do direito e demonstrando que existem direitos humanos tanto das pessoas acusadas de crimes, como também das vítimas. O *parquet* tem implementado as seguintes boas práticas: a) requisitar imediatamente que o Delegado de Polícia constasse no Inquérito Policial, já em sede de investigação, a declaração da vítima sobre o valor dos danos materiais aproximadamente, juntando-se documentos que comprovassem (notas fiscais, recibos, etc.) b) constar desde a denúncia-crime, o requerimento da observância aos direitos da vítima ao juízo criminal; c) durante a ação penal, solicitar que as vítimas informem sobre os danos ou prejuízos provocados pelo crime; d) em fase de interrogatório, possibilitar a confissão, com a finalidade de atenuar a pena e reparar os danos gerados; e) antes das alegações finais do *parquet*, mesmo que não tenha ocorrido a confissão do réu, conforme o art. 499

<sup>27</sup> INSTITUTO INNOVARE. *Sobre o Instituto*. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/sobre>>. Acesso em: 03 jul. 2016.

<sup>28</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 2 jul. 2016

<sup>29</sup> MAIA NETO, Cândido Furtado. *Direitos humanos das vítimas de crimes*. Curitiba: Juruá, 2008.

<sup>30</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2016.

do Código de Processo Penal, oportunizar novamente último momento para o réu demonstrar o desejo de confessar o crime e de indenizar a vítima, atenuando-se a pena; f) o Ministério Público deve além de requerer a condenação do réu, deve também pleitear a aplicação de pena pecuniária em favor da vítima (reparar os danos) e em prol dos direitos humanos das vítimas de crimes; g) recorrer em prol da vítima à aplicação da pena pecuniária em segunda instância; h) Em sede de execução de pena, o *parquet* exige a reparação do dano, antes de opinar ser favorável a progressão de regime ou em pela concessão de liberdade condicional;

O Ministério Público paranaense<sup>31</sup> também propôs para uma boa administração da justiça que: a) os Ministérios Públicos do Brasil contassem com equipes de psicólogos e assistentes sociais para atuarem na área criminal, visando prestar um melhor serviço do Estado para as vítimas de crimes; b) os prédios dos fóruns de justiça necessariamente devem recepcionar as vítimas de crime em salas próprias durante as audiências; c) os prédios contassem com acesso de entradas e saídas especiais para as vítimas de crimes, a fim de os delinquentes-criminosos ou seus familiares ou os cúmplices não se encontrassem no mesmo corredor com as vítimas; d) a garantia de que os endereços e a identificação das vítimas de crime fossem preservados e mantidos em sigilo como forma de respeito da dignidade da pessoa humana; e) criação de Fundo especial para reparação e indenização das vítimas de crime, em virtude dos réus muitas das vezes serem carentes e de que cabe ao Estado o dever de segurança pública, inviolabilidade da vida, integridade moral, física e da propriedade; dentre outros; f) as vítimas devem ser comunicadas de todos os atos processuais, sentenças e acórdãos, principalmente sobre o ingresso e

---

<sup>31</sup> Essas boas práticas iniciaram com um projeto de pesquisa na UNIPAR (Universidade Paranaense) em 2007. O objetivo da prática é a compensação pecuniária dos danos sofridos pelas vítimas de crime: “O Ministério Público, ao mesmo tempo, que acusa os autores de crime, se preocupa com os direitos humanos das vítimas, requerendo ao juízo criminal a aplicação de pena pecuniária em favor da vítima, como valor para a reparação do dano e efetivar o modelo de justiça restaurativa”.

saída do acusado da prisão; g) As vítimas devem ser informadas sobre seus direitos, rede de proteção e assistência a elas<sup>32</sup>.

Com a finalidade de tornar estas ideias mais efetivas para uma boa administração da justiça, foram constatados alguns empecilhos que precisam ser solucionados, como: a) melhorar a difusão dessas práticas aos promotores de justiça de todo Brasil; b) aprimorar o sistema de proteção das vítimas, pois elas temem participar ativamente do processo, em virtude da falta de proteção a elas por parte do Estado e da lentidão das ações penais; c) a reparação dos danos pelas vítimas teria um embaraço quando a condição econômica do réu não favorecesse, pois uma grande parcela dos detentos é de pouquíssima condição financeira.

A preocupação de diversos países tem se voltado a garantir uma proteção e compensação às vítimas dos crimes. Nos Estados Unidos foi criado no ano de 1984 um fundo para as vítimas de crimes, chamado de *Victims of Crime Act* – VOCA. Também fundou-se uma agência chamada de *Office for Victims of Crime* – OVC, com a finalidade de supervisionar os programas que prestam atendimentos as vítimas de crimes. Ademais, as assistências prestadas às vítimas incluem serviços como: consultas, abrigos de emergência, advocacia, transporte em emergência, intervenção em situações de crises, dentre outros atendimentos. Ressalta-se que existem mais de 10.000 organizações que proporcionam auxílio às vítimas pelo pelos Estados Unidos da América<sup>33</sup>.

### 3 CONCLUSÃO

Consoante o exposto retromencionado, verifica-se que o movimento de “Direitos Humanos” à brasileira sofre de uma crise de identidade e de legitimidade social no Brasil, em razão da sociedade não se sentir representada

---

<sup>32</sup> Item “f” e “g” foram acrescentados pelo autor. Deve-se dar efetividade ao que preceitua o art. 201, §2º do Código de Processo Penal. (BRASIL. *Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 2 jul. 2016.).

<sup>33</sup> CALHAU, Lélío Braga. *Vítima, direito penal e cidadania*. Disponível em: <<http://www.apriori.com.br/cgi/for/vitima-direito-penal-e-cidadania-lelio-braga-calhaut19.html>>. Acesso em: 03 jul. 2016.



pelos movimentos de Direitos Humanos, pois essa miopia do movimento no Brasil provoca um distanciamento entre o discurso e a prática e um distanciamento de identificação da população em geral com esses direitos. Nesse estudo se propôs que os Direitos Humanos sejam efetivados a todas as camadas da sociedade, pois os Direitos Humanos não devem ter uma face apenas, cor, opção sexual, condição financeira, origem de nascimento, religião, dentre outros.

Os Direitos Humanos não devem proteger os direitos apenas de minorias, de criminosos, de detentos ou culpados, mas sim de toda a sociedade, seja de minorias ou majorias, nordestinos ou sulistas, pobres ou ricos, mulheres ou minorias sexuais ou homens ou heterossexuais, cor de pele negra ou branca ou indígena ou mulata, seja de religiões de matrizes africanas e ateus ou da maioria cristã católica ou evangélica-pentecostal, seja de esquerda ou de direita ou centro, seja de brasileiros natos ou de imigrantes, seja de crianças ou adultos ou idosos, seja de criminosos e menores infratores ou da sociedade, seja das pessoas portadores de necessidades especiais ou das pessoas sem deficiência, seja dos marxistas-comunistas ou dos liberais capitalistas, seja de guerrilheiros marxistas-comunistas ou de militares, seja do bandido ou do trabalhador, seja de gramscistas-comunistas ou de conservadores, seja de traficantes e criminosos ou policiais. Ou seja, os Direitos Humanos devem proteger a toda pessoa humana, pois esses direitos são inatos e independem de reconhecimento em lei ou de condição social, econômica, política, origem ou religião, etc.

Demonstrou-se que o critério de ser menos favorecido ou de representar o Estado, em determinadas situações, não resolve claramente a distinção sobre quem é mais privilegiado nas relações de poder ou de quem é mais merecedor dos Direitos Humanos, pois a posição que se ocupa nas relações de poder podem se alternar tornando agressores em vítimas e vice-e-versa, impossibilitando rotulações ou etiquetamentos sobre os possíveis detentores de mais merecedores de Direitos Humanos. Porém será que todas as pessoas não detêm Direitos Humanos a ponto de serem defendidos pelos movimentos

desses direitos no Brasil? Como fazer a população abraçar os Direitos Humanos se elas não se identificam com a prática distorcida adotada pelos ativistas no Brasil? Como sensibilizar a população a defender os Direitos Humanos se eles não as defendem no dia-a-dia? Como provocarmos uma onda de Direitos Humanos se a população tem seus direitos constantemente violados e não protegidos pelo ativismo e pelo Estado? Como tornar a população convergente à essência dos Direitos Humanos se ela não se sente coparticipante desse processo?

O discurso do politicamente correto acaba por limitar e minimizar o grau de importância da vida de determinados cidadãos, o que não deveria existir em hipótese alguma, sob nenhuma condicionante. No momento em que esses movimentos tiverem um olhar imparcial e defenderem não somente minorias e criminosos, mas também a população como um todo, sem distinção, a partir desse instante a sociedade civil entenderá nas suas mentes e corações sobre a essência dos Direitos Humanos e será por ela própria defensora em primeiro grau desses direitos, independentemente de ativismos, e se identificará convergentemente com o propósito dos Direitos Humanos, sentindo-se coparticipantes e representadas por este direito que é fundamental, porém distorcido nas práticas adotadas em terras tupiniquins.

A luta de classes marxista-leninista e sua influência nas academias brasileiras reduzem os Direitos Humanos, muitas das vezes, a uma simples luta e guerra entre opressores e oprimidos e a uma utilização política desses direitos, dividindo a população em diversos segmentos (negros versus brancos, variantes sexuais versus heterossexuais, classe desfavorecida versus classe privilegiada, mulher versus homens, nordestinos versus sulistas, dentre outras diversas divisões maliciosamente adotadas pelo ativismo no Brasil), culpando-se apenas o capitalismo pelas mazelas sociais e propondo-se uma implantação de uma suposta igualdade comunista do proletariado, em que nunca deu certo em lugar nenhum do mundo (Cuba, União Soviética, China, Coreia do Norte, entre outros), desvirtuando e corrompendo a essência dos Direitos Humanos. Esse ativismo distorcido se autolegitima como detentores do saber (distante

das reais necessidades sociais) e figurante do status de “formadores de opinião”, deslegitimando as opiniões das camadas mais simples da sociedade. Os Direitos Humanos não devem ser utilizados como arma política ou agremiação de partidários, mas sim para dar voz a todas as camadas da população, quer sejam minorias, quer sejam maiorias. Novamente pontua-se aqui que a crítica não é dirigida aos Direitos Humanos, mas sim a prática distorcida adotada no Brasil desses direitos, enquanto eles deveriam abarcar e representar a todos, independentemente de faces.

Insta salientar, por oportuno, que os direitos humanos devem ser entendidos sob o prisma do Estado Democrático de Direito, para que a interpretação se dê no sentido da *política integral de proteção dos direitos*. A clássica interpretação se dava no sentido de proteger o indivíduo contra o poder do Estado (proteção negativa ou eficácia vertical dos direitos fundamentais), entretanto a política integral de proteção dos direitos do cidadão abrange a proteção de direitos *através* do Estado (proteção positiva ou eficácia horizontal dos direitos fundamentais), em virtude do próprio Estado ter por obrigação a proteção dos indivíduos contra possíveis agressões e violências provenientes de condutas criminosas, oriundas tanto de particulares quanto do Estado.

Essa questão quanto à importância da atuação estatal fica mais esclarecida quando distinguimos a Teoria da Eficácia Vertical e a Teoria da Eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais<sup>34</sup>. A *Teoria da Eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais* surge nas Constituições de Estados Liberais como forma de defender as liberdades, garantias e direitos do indivíduo oponíveis *contra* o Estado (direitos de primeira geração), ou seja, direitos que limitariam a poder dos governantes em face dos direitos e liberdades individuais dos

---

<sup>34</sup> SANTOS, Carla Maia dos. *Qual a distinção entre eficácia vertical e eficácia horizontal dos direitos fundamentais?* Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso: 02 jul. 2016.

súditos-governados, resumindo-se na aplicação dos direitos fundamentais numa relação de verticalidade (Estado versus indivíduo-particular)<sup>35</sup>.

Com o passar dos anos, verificou-se que não havia somente abusos por parte do Poder Público, mas também nas relações entre particulares, fazendo-se necessário que o Estado não se omitisse ou negligenciasse tais abusos sem a sua interferência nas relações horizontais entre os particulares<sup>36</sup>. É nessa conjuntura de Estado Social que surge a Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais a qual objetiva não apenas a proteger os direitos da sociedade *contra* a atuação estatal, mas também o Estado irá proteger os cidadãos de possíveis lesões advindas dos particulares<sup>37</sup>, ou seja, o governante além de se abster de lesionar os direitos e garantias fundamentais, irá também proteger os cidadãos dos abusos dos particulares (proteção *através* do Estado e implementação do *Welfare State*). Vale destacar que é possível ampliar esse raciocínio para inaugurarmos uma *Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Humanos*<sup>38</sup>, uma vez que os Direitos Fundamentais estão contidos nos Direitos Humanos e, com isso, dar-se-ia uma máxima efetividade a proteção dos Direitos Humanos em todas as relações dos cidadãos (independentemente se for na relação cidadão-Estado ou na relação cidadão-cidadão).

Vale ressaltar que os estudos da Vitimologia no Brasil têm caminhado timidamente, porém em movimento de expansão, pois as discussões voltadas aos criminosos ainda monopolizam os debates, relegando as políticas públicas e debates relacionados às vítimas a um menor grau de importância. Entretanto, os estudos da Vitimologia têm influenciado a propositura de leis que aprimoram as políticas públicas, os sistemas de proteção às vítimas como sujeitas de direito, a busca por reparação e indenização, o resgate e atenção à dignidade e a máxima efetividade dos Direitos Humanos das Vítimas.

---

<sup>35</sup> RAMALHO, Leandro Ávila. A eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais no Brasil. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v.14, n. 90, jul. 2011.

<sup>36</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

<sup>37</sup> RAMALHO, Leandro Ávila. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais no Brasil. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v.14, n. 90, jul. 2011.

<sup>38</sup> Este artigo propõe ampliar o raciocínio para a criação da Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Humanos e da ressocialização das vítimas de crimes.

Como legado deste trabalho encoraja-se a uma ampliação dos olhares dos Direitos Humanos a todos os cidadãos como deveria ser, independentemente de aparentes diferenças, pois todo ser humano é detentor de Direitos Humanos. Propõe-se a *Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Humanos*, como forma de atingir maior eficácia dos Direitos Humanos, bem como se propõe que essa fagulha de estudo se projete em maiores pesquisas em Vitimologia e fomenta estudos sobre a *ressocialização das vítimas*, como forma também de reintegrar as vítimas ao convívio social pós-crime e ao status a quo.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoacompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoacompilado.htm)>. Acesso em: 2 jul. 2016.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 2 jul. 2016.

BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 2 jul. 2016.

CALHAU, Lélío Braga. **Vítima, direito penal e cidadania**. Disponível em: <<http://www.apriori.com.br/cgi/for/vitima-direito-penal-e-cidadania-lelio-braga-calhaut19.html>>. Acesso em: 03 jul. 2016.

COSTA JR., Ademir de Oliveira. A eficácia horizontal e vertical dos Direitos Fundamentais. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 10, n. 41, maio 2007.

DICIONÁRIO AURÉLIO. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/dicionario/home.asp>>. Acesso em 02 jul 2016.

FACHIN, Zulmar. **Funções dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

FATTAH, Ezzat Abdel. **Some Recent Theoretical Developments In Victimology**. Congresso Internacional de Criminologia de Lisboa, 1978, Lisboa. Anais Congresso Internacional de Criminologia de Lisboa, 1978. p. 659-693.

GONÇALVES, Victor Minarini. Vitimologia: conceituação e aplicabilidade. **Revista Jus Navigandi**, fev. 2015. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/36073/vitimologia-conceituacao-e-aplicabilidade>>. Acesso em: 2 jul. 2016.

INSTITUTO INNOVARE. **Sobre o Instituto**. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/sobre>>. Acesso em: 03 jul. 2016.

JORGE, Aline Pedra. **Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direitos humanos das vítimas de crimes**. Curitiba: Juruá, 2008.

NERY, Déa Carla Pereira. Teorias da pena e sua finalidade no direito penal brasileiro. **Universo Jurídico**, Juiz de Fora, ano 11, jun. 2005.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Método, 2011.

PIEDEDE JR., Heitor. **Vitimologia**: evolução no espaço e no tempo. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1993.

RAMALHO, Leandro Ávila. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais no Brasil. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v.14, n. 90, jul. 2011.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madri: Civitas, 1999.

SANTOS, Carla Maia dos. **Qual a distinção entre eficácia vertical e eficácia horizontal dos direitos fundamentais?** Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso: 02 jul. 2016.

SANTOS, Sérgio Nunnes. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais: o particular como “vilão” e o Estado como guardião? **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3990, jun. 2014.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

# REFORMA TRIBUTÁRIA: UMA MEDIDA NECESSÁRIA PARA RETORNAR AO CRESCIMENTO ECONÔMICO

Jéssica Rico Gouveia<sup>1</sup>

## RESUMO

A reforma tributária é medida imprescindível para acertar a vida econômica do País. Não só para acertar as contas públicas atuais, uma reforma tributária dá oportunidade para que algumas deformidades sociais sejam solucionadas ou no mínimo, amenizadas. Os problemas do atual sistema tributário são diversos entre eles a grande quantidade de tributos, a regressividade e a inequidade. As principais dificuldades para a mudança são a extinção de benefícios e vantagens verificadas para alguns grupos, bem como o receio dos entes federativos em perder poder e autonomia. Os principais princípios que devem ser atendidos com uma eventual reforma são a eficiência e a simplicidade.

**Palavras-chave:** Reforma Tributária. Simplificação. Equidade. Progressividade. Crescimento econômico

## 1 INTRODUÇÃO

Diante do panorama do país atualmente, em que está instaurada a crise econômica, política, moral e institucional do Estado, diversas propostas rondam o Governo como meio de solucionar ou encaminhar o País para um melhor rumo.

Assim, se apresentam a reforma da previdência e a proposta de congelamento de gastos públicos. Contudo, não se vê prioridade sendo dada à reforma tributária, que possivelmente poderia dar resultados quicá maiores que as outras mencionadas.

Ora, se está havendo um problema de falta de dinheiro nos cofres públicos, tem de ser dada importância não só às saídas de dinheiro, mas

---

<sup>1</sup> Advogada inscrita na OAB-DF sob o nº 50.356; Conciliadora e Mediadora formada pela Escola Paulista de Magistratura; Pós-graduanda em Novas Tendências de Direito Público – UniCEUB; Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, SEPN 707/907 – Campus Asa Norte – Brasília - DF, Brasil; E-mail: jessicaricog@gmail.com

também em sua arrecadação – sua quantidade e qualidade. É aí que se verifica a relevância do tema, vez que a reforma consiste numa mudança político-econômica que visa à mudança da estrutura legislativa dos tributos para criar algumas vantagens que incentivem os investimentos no país e aqueçam a economia, proporcionando maiores ingressos e o aumento da riqueza nacional.

Apesar de predominar o consenso de que o sistema tributário se apresenta repleto de distorções, insatisfatório para garantir o financiamento estável do Estado no modelo atual, e também para permitir o crescimento econômico, para que se mantenha sustentável e com tendência a melhorar os índices sociais, o governo que vem propondo diversas mudanças, não se interessou até agora em enfrentar tal questão.

A razão disso pode ser porque a própria população não se interessa em aprofundar o tema e com isso não sabe exatamente o que cobrar dos governantes. Aliás, por vezes, nem mesmo entre os estudiosos o tema da iniquidade do atual sistema de tributação é debatido abertamente, consequentemente não se avança também em propostas de reforma. Uma provocação ao debate poderia ser pensar na incongruência de que o Brasil lidera os dois rankings latinos de tamanho de carga tributária e de gasto social e, ao mesmo tempo, ainda apresenta um dos maiores índices de concentração de renda na região e também no mundo.<sup>2</sup>

Algo certamente não está funcionando bem por aqui e isso é porque quantidade não é tudo, é preciso cuidar também da qualidade da tributação e do gasto público. Muitos estudos buscam entender as razões da baixa eficiência dos gastos sociais no Brasil – mas, neste trabalho, manteremos o foco na receita.

A boa intenção em defender programas sociais, sem a preocupação de como sustentar as medidas a longo prazo, é completamente inefetiva e somente dificulta a tarefa do Estado em gerir bem os recursos e fazer com que atinjam a maior parte da população e os que mais precisam, aliás, fatalmente prejudica

---

<sup>2</sup> AFONSO, J. R. R. *A economia política da reforma tributária: o caso brasileiro*. 2013. Disponível em: <[www.wilsoncenter.org/sites/default/files/Tax\\_Reform\\_Brazil\\_0.pdf](http://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/Tax_Reform_Brazil_0.pdf)>. Acesso em: 10 nov. 2016. p. 6.



inclusive os programas que já estavam sendo ofertados à população. Um sistema político-econômico fundado em ideais utópicos de assistência social e altruísmo, por mais que agrade os corações idealistas, de nada adianta se não puder se sustentar ao longo do tempo.

De fato, concorda-se que é um dos papéis do Estado propiciar as condições mínimas de dignidade e qualidade de vida aos cidadãos, sobretudo quando o país em questão tem alta arrecadação. Mas a gestão deve ser feita com prudência e sustentabilidade, de modo que as medidas sociais se perfaçam no tempo e a sociedade possa confiar num modelo econômico justo e razoável.

Entretanto, as dificuldades para as mudanças são tremendas, a começar pela resistência de partes beneficiadas com o atual sistema. Algumas injustamente, outras que até se justificam, mas que receiam ser afetadas pela reforma.

Para isso, as propostas de modificações devem ser profundamente estudadas e analisadas, sopesando os ganhos e as consequências para os grupos específicos e para sociedade como um todo e ainda, avaliando-se eventuais alternativas de compensação e transição para uma nova ordem econômica política e tributária.

Pois bem, delimitado o tema, o problema e uma possível solução, resume-se brevemente o enredo da análise. Inicialmente, apresentar-se-á um breve panorama político de como o tema vem sendo tratado nos governos. Em seguida será feita uma análise dos principais problemas do atual sistema, seguindo-se por dados comparativos com outros países e ainda pela pontuação de algumas questões sociais intrinsecamente ligadas ao sistema tributário. Por fim, concluir-se-á com a proposição de algumas soluções e pontos que devem ser adotados por uma possível reforma. É de se alertar ainda que o tema é deveras profundo e aqui somente se pretendeu provocar o pensamento mais crítico sobre a reforma.

## 2 CENÁRIO POLÍTICO

Inicia-se o tópico com trecho muito interessante do economista José Roberto R. Afonso, que relata brevemente uma evolução do Imposto de Renda:

Até o final da década de 1980, ou mais precisamente, até o ano de 1987, a tabela do imposto de renda, no Brasil, contava com 11 faixas de renda (incluindo a de isenção) e com alíquotas progressivas que variavam de 0 a 50%. Na primeira reforma que se realizou neste imposto, após a saída de Bresser Pereira do ministério da Fazenda no final deste ano, essas faixas foram reduzidas para 9 e a alíquota-teto para 45%, para vigorarem em 1988. Na segunda, pela Lei 7.713, de 22 de dezembro de 1988, as faixas foram reduzidas para 3, com duas alíquotas, de 10% e 25%, sob a justificativa de “ser necessário acompanhar as tendências mundiais em termos de reforma tributária”.<sup>3</sup>

Vale ainda acrescentar que a participação dos impostos cumulativos, que foi bastante reduzida com a reforma tributária de 1966, voltou a aumentar consideravelmente na década de 1990, quando a União, visando recuperar maior participação na arrecadação, passou a dar ênfase à exploração das contribuições sociais e econômicas para o seu financiamento, as quais são caracteristicamente cumulativas.

Mesmo que posteriormente seu peso tenha sido reduzido com as alterações no PIS e na COFINS, no início da década de 2000, e a extinção da CPMF, em 2007, ainda hoje é apreciável sua contribuição na geração da receita tributária, apesar das distorções que provoca.<sup>4</sup>

Aliás, é de se apontar que desde a Constituição de 1988, o tema da reforma tributária tem constado da agenda de reformas que o Brasil precisa realizar para destravar os caminhos do crescimento econômico e permitir o seu reencontro com os princípios da justiça fiscal.

---

<sup>3</sup> OLIVEIRA, Fabrício Augusto de; BIASOTO JUNIOR, Geraldo. *A reforma tributária: removendo entraves para o crescimento, a inclusão social e o fortalecimento da federação*. Campinas: Instituto de Economia Unicamp, 2015. p. 23

<sup>4</sup> OLIVEIRA, 2010 *apud* OLIVEIRA, Fabrício Augusto de; BIASOTO JUNIOR, Geraldo. *A reforma tributária: removendo entraves para o crescimento, a inclusão social e o fortalecimento da federação*. Campinas: Instituto de Economia Unicamp, 2015. p. 8

Os governos conhecem o problema, mas nenhum o enfrenta, a não ser introduzindo algumas mudanças pontuais e localizadas em sua estrutura, geralmente guiadas pelo imediatismo, que mais contribuíram para aumentar o seu grau de degeneração do que propriamente para recuperá-lo como instrumento de política econômica e social à sua disposição para viabilizar seus objetivos.

Após a instauração da nova ordem econômica e tributária, por meio da Constituição de 1988, os governos que se seguiram foram seduzidos pelo pensamento conservador, de que a tributação deixou de representar, com a queda das fronteiras nacionais, um campo propício para a prática de políticas redistributivas, essencialmente também pela possibilidade que significaria de fuga de capitais para outros países, onde é menor a taxação.

Com isso, o que acabou acontecendo foi a priorização da cobrança de impostos sobre o consumo, sobre os trabalhadores menos qualificados, onde o pagamento do tributo se verifica mesmo que descabido, devido ao baixo poder de escolha do contribuinte.<sup>5</sup>

Sempre que uma eleição se aproxima, as promessas de mudanças na área ganham espaço no discurso de políticos dos mais variados partidos. Nas últimas três décadas, todos os presidentes eleitos se declararam a favor de uma reforma. E dois deles – FHC e Lula - chegaram a apresentar propostas ao Congresso.

Na última eleição, o candidato Aécio Neves, do PSDB, chegou a dizer que, se vencesse, criaria uma secretaria especial para apresentar, em 60 dias, propostas nessa área. Já a vencedora, presidente Dilma Rousseff, do PT – que ao assumir, em 2011, prometeu uma "reforma tributária fracionada" –, em 2014 se

---

<sup>5</sup> OLIVEIRA, Fabrício Augusto de; BIASOTO JUNIOR, Geraldo. *A reforma tributária: removendo entraves para o crescimento, a inclusão social e o fortalecimento da federação*. Campinas: Instituto de Economia Unicamp, 2015. p.2

comprometeu em avançar em uma simplificação dos tributos do país, e o seu vice Michel Temer que assumiu, parece que no máximo seguirá essa linha.<sup>6</sup>

Sabe-se, apesar dos discursos do governo e seus apoiadores que não será por meio desses pequenos ajustes que se irá recompor a capacidade de financiamento do Estado capaz de contribuir para a retomada do crescimento econômico e para a sustentação de políticas de inclusão social, importando dizer, que, ainda que as mudanças necessárias para que isso ocorra não se limitem à realização de uma reforma tributária, esta, muito certamente, é indispensável para contribuir para este objetivo.

É engraçado observar que a equidade nunca foi um tema que despertou interesse formal dos governos em torno da reforma tributária e esteve completamente ausente nos debates, inclusive porque, é forçoso reconhecer, nem mesmo os segmentos organizados da sociedade civil por ele se interessaram, apesar de nunca faltaram defensores, inclusive entre autoridades governamentais, de um estado de bem estar social forte e ativo. Mas os tributos nunca foram visto como parte dessa estratégia, muito menos como alguma forma empecilho ou preocupação.

E mais interessante é observar que a demanda dos programas sociais por recursos é sempre crescente, mas dificilmente se vê análise da relação entre de onde vem os recursos, quais os impactos não só econômicos, mas os sociais da cobrança desses tributos. E talvez seja razoável questionar será que quem o governo e intelectuais querem beneficiar com os recursos não são penalizados com sua forma de arrecadação?<sup>7</sup>

### 3. FALHAS DO ATUAL SISTEMA

---

<sup>6</sup> COSTAS, R. Por que é tão difícil acabar com 'manicômio tributário' brasileiro? *BBC BRASIL*, São Paulo, out. 2014. Disponível em: <[www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/10/141001-reforma\\_tributaria\\_rc](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/10/141001-reforma_tributaria_rc)>. Acesso em: 08 nov.2016.

<sup>7</sup> AFONSO, J. R. R. *A economia política da reforma tributária: o caso brasileiro*. 2013. Disponível em: <[www.wilsoncenter.org/sites/default/files/Tax\\_Reform\\_Brazil\\_0.pdf](http://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/Tax_Reform_Brazil_0.pdf)>. Acesso em: 10 nov. 2016. p. 5.

A complexidade do sistema é impressionante. Segundo o Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT), da Constituição de 1988 até setembro de 2013, foram editadas 309 mil normas tributárias pelos três níveis de governo – federal, estadual, municipal – o que significa 34 normas por dia, 51 por dia útil e 6 por hora útil.<sup>8</sup>

O maior problema da carga tributária no Brasil reside não tanto na sua dimensão (36% do PIB em 2012) que, pelos motivos apontados, não deixa de ter efeitos nocivos para a competitividade da produção nacional e para a oferta de políticas sociais, mas principalmente na sua composição.

A estrutura tributária brasileira conta com um peso muito elevado de tributação indireta, sabidamente regressivos, e que respondem por algo em torno de 75% (incluídos os incidentes sobre a folha de salários) da arrecadação total. Entre estes, incluem-se impostos de má qualidade, de incidência cumulativa, prejudiciais para a competitividade por onerar excessivamente a produção devido à tributação em cascata.

Os tributos indiretos são reconhecidamente regressivos, porque sua incidência não tem como referência a renda do consumidor, mas apenas o seu consumo, não diferenciando, portanto, seus diferentes níveis de poder aquisitivo. Quando muito, podem ter sua regressividade atenuada, ao se estabelecerem alíquotas diferenciadas de acordo com a essencialidade do produto. Mas isso apenas atenua, sem eliminar, sua regressividade, prejudicando as classes de menor poder aquisitivo e, como decorrência, enfraquecendo o mercado interno de consumo de bens.

Impostos incidentes sobre o valor agregado, que propiciam o aproveitamento do crédito – casos do ICMS, do IPI, por exemplo – são, por essa razão, pelo menos teoricamente, neutros em se tratando de sua incidência no preço final do produto, com sua alíquota efetiva (final) correspondendo à alíquota legalmente estabelecida.

---

<sup>8</sup> OLIVEIRA, Fabrício Augusto de; BIASOTO JUNIOR, Geraldo. *A reforma tributária: removendo entraves para o crescimento, a inclusão social e o fortalecimento da federação*. Campinas: Instituto de Economia Unicamp, 2015. p. 6

Já no caso dos impostos cumulativos, essas alíquotas não coincidem, distância que se amplia em função da dimensão e extensão da cadeia de produção e comercialização dos produtos. Assim, alíquotas legais modestas de 1% ou 2%, por exemplo, podem, dependendo da extensão dessa cadeia, ser bem superiores em termos efetivos, onerando a produção, reduzindo o seu poder de competição e penalizando o consumidor, que pode ser inclusive beneficiário dos programas sociais.

Os tributos que incidem sobre o consumo de bens e serviços (ICMS, IPI, PIS/Cofins e ISS) são complexos, descoordenados, cumulativos, repletos de obrigações acessórias e geradores de enorme contencioso. Tal situação degrada o ambiente de negócios, implica perda da competitividade nacional e dificulta o controle político da carga tributária. A falta de transparência acaba por iludir a percepção do cidadão sobre os tributos embutidos nos preços dos bens e serviços.<sup>9</sup>

Os efeitos negativos também são verificados na comparação entre produtos nacionais e importados, posto que para que o produto nacional fosse satisfatoriamente competitivo, exigiria um nível de proteção tarifária incompatível com os padrões aceitos pela OMC. Em trabalho recente, a FIESP mostra que, para um produto industrial produzido no Brasil, os tributos indiretos adicionam 60,9% ao preço básico do produto. No caso de um produto importado, estes mesmos tributos indiretos adicionam 39,9% ao preço da mercadoria importada, depois de computado o Imposto de Importação.

A violenta deterioração de nossa capacidade de exportação de manufaturados recebe grande colaboração desta debilidade jurídica do sistema tributário, dado que afeta em cheio a capacidade de avaliação das empresas em suas decisões de investimento e produção para os mercados externos.

---

<sup>9</sup> WOLKE, V. *Reforma tributária é decisiva para o Brasil crescer e enfrentar a concorrência global*. 2016. Disponível em: <[www.portaldaindustria.com.br/cni/imprensa/2016/03/1,82276/reforma-tributaria-e-decisiva-para-o-brasil-crescer-e-enfrentar-a-concorrenca-global.html](http://www.portaldaindustria.com.br/cni/imprensa/2016/03/1,82276/reforma-tributaria-e-decisiva-para-o-brasil-crescer-e-enfrentar-a-concorrenca-global.html)>. Acesso em: 08 nov. 2016.

Por outro lado, a Guerra Fiscal produziu perdas inestimáveis de receitas e uma nova configuração da alocação da capacidade produtiva, comandada pelas condições tributárias e não pela eficiência produtiva. Infelizmente, este fenômeno da Guerra Fiscal, especialmente entre os estados, continua sendo apenas observada de longe pelo Governo Federal, que passou anos sem cumprir suas responsabilidades de fiador do sistema federativo e promotor das políticas de desenvolvimento regional.

Uma pesquisa feita pela CNI com 2.622 empresas mostra que mais de 70% dos empresários reprovam a estrutura tributária brasileira, porque não atende a sete requisitos colocados como indispensáveis a um sistema tributário eficiente. Esses requisitos são número de tributos, simplicidade, estabilidade de regras, direitos e garantias do contribuinte, transparência, segurança jurídica e prazos de recolhimento dos tributos.

O número de impostos foi o item com a pior avaliação: 90% dos entrevistados o consideraram ruim ou muito ruim. O item simplicidade teve 85% de respostas muito ruim ou ruim. O de estabilidade nas regras foi avaliado como muito ruim ou ruim por 82% dos empresários.<sup>10</sup>

Enquanto isso, o ITCMD e o ITR que somente são aplicados a quem tem bens vem sendo deixados completamente de lado e poderiam, com razoabilidade, alcançar justamente os grandes proprietários que têm muito mais condições financeiras de arcar com tributos. Em 2013, o ITCMD respondeu por apenas 0,24% da carga tributária total, o equivalente a 0,09% do PIB, superior apenas à do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR), um imposto, atualmente, meramente simbólico cobrado sobre a terra, mesmo para os grandes latifundiários; em confrontação com o proprietário de minúsculas fatias de terra que arca com imposto para se alimentar, se locomover, acender a luz, em atividades básicas de sobrevivência.

---

<sup>10</sup> WOLKE, V. Reforma tributária é decisiva para o Brasil crescer e enfrentar a concorrência global. 2016. Disponível em: <[www.portaldaindustria.com.br/cni/imprensa/2016/03/1,82276/reforma-tributaria-e-decisiva-para-o-brasil-crescer-e-enfrentar-a-concorrenca-global.html](http://www.portaldaindustria.com.br/cni/imprensa/2016/03/1,82276/reforma-tributaria-e-decisiva-para-o-brasil-crescer-e-enfrentar-a-concorrenca-global.html)>. Acesso em: 08 nov. 2016.

De acordo com a Receita Federal, os valores dos bens e direitos declarados como recebidos como Heranças e Doações, isentos da incidência do Imposto de Renda, foram, em 2013, de R\$ 51 bilhões. Trata-se de uma transferência de riqueza apreciável e, a não ser no caso do cônjuge, advinda da sorte de se ter nascido em família com ou sem bens, sendo uma fonte de renda privilegiada em detrimento do próprio trabalho, tributado da própria renda recebida pelo indivíduo por seu esforço e também gerando encargos e onerando a geração de empregos das empresas.<sup>11</sup>

Devido a essa composição em que os impostos indiretos são predominantes, enquanto os impostos diretos – renda e patrimônio – teoricamente impostos mais progressivos e civilizados, participam com pouco mais de 20% no total da carga tributária, não deve causar estranheza que o Brasil conte com uma estrutura tributária que se encontra na contramão do que recomenda um princípio caro das finanças públicas, o da equidade, de que se devem cobrar proporcionalmente mais impostos de quem mais recebe.

Estudo do IPEA, de 2009, estimou uma carga tributária bruta de 53,9% para as famílias que ganhavam até 2 salários mínimos, de 41,9% para as que se situavam na faixa de 2 a 3, com esta apresentando tendência declinante à medida que se avança para maiores níveis de renda, até se situar em 29% para as famílias que recebiam mais de 30 salários mínimos (IPEA, 2009). De forma que cabe aos mais pobres o maior fardo de financiamento dos gastos do Estado, os quais tendem a favorecer, de maneira geral, as classes das camadas mais ricas e o capital.

Atesta-se ainda que os declarantes do IRPF que se situam na faixa de até 5 salários mínimos e que representam 50,7% do total (13,4 milhões de um total de 26,5) contribui de forma inexpressiva para a sua arrecadação (apenas 1,09% em 2013) e talvez, nem devesse estar no radar da Receita Federal, até mesmo

---

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Fabrício Augusto de; BIASOTO JUNIOR, Geraldo. *A reforma tributária: removendo entraves para o crescimento, a inclusão social e o fortalecimento da federação*. Campinas: Instituto de Economia Unicamp, 2015. p. 17



pelos custos que representam sua administração para este órgão, o que pode ser verificado e sopesado em um estudo mais aprofundado.

Recentemente, a publicação da Receita Federal de dados relativos às fatias da renda dos contribuintes, que são ou mais suavemente taxadas ou completamente isentas, modifica completamente a visão que se tinha da progressividade do imposto de renda, vez que antes, somente eram divulgados os dados e percentuais calculados sobre os rendimentos tributáveis dos contribuintes, sem essa diferenciação. Somando-se, portanto, à renda tributável dos contribuintes, os ganhos que são taxados exclusivamente na fonte, à alíquota reduzida de 15% – como alguns tipos de investimentos e pensemos sobre quem consegue realizar investimentos no País – e os que são isentos da incidência do imposto, torna-se possível conhecer a carga tributária efetiva que sobre eles incide, em função de seu nível de renda.

Portanto, o que se viu, de repente, foi que a parcela que é tributável representa a menor parcela da renda dos que se encontram no topo da pirâmide (meros 13%), que recebem uma renda média anual de R\$ 4,2 milhões, e de apenas 28% para os que vêm logo em seguida, ganhando, em média, R\$ 886 mil anuais. Veja-se não se está falando nem mesmo de classe média alta, mas sim da classe efetivamente rica da população, que vem se beneficiando do sistema, sem que a população se dê conta disso.

Como se percebe, quando considerados os rendimentos totais dos contribuintes, os que recebem, em média, R\$ 4,2 milhões por ano, que detêm 14% da renda gerada e representam 0,27% do total de contribuintes – escancarando uma vez mais a concentração de renda no Brasil.

Aponta-se que os que se situam na faixa de 80 a 160 salários (renda média anual de R\$ 886 mil), com uma carga de 5,83%, apresentam uma situação bem mais favorável dos que vêm em seguida (faixa de 40 a 80 salários, com renda média de R\$ 440 mil no ano). Já os que recebem entre 20 e 40 salários (renda média de R\$ 226 mil), que podem ser classificados como classe

média alta, aparecem como os mais penalizados com a cobrança deste imposto, embora com uma carga que não vai além de 10,2% de seus rendimentos totais.

E, para finalizar esse tópico evidencia-se ainda dados sobre os rendimentos que são completamente isentos do pagamento deste imposto. Do total de R\$ 632 bilhões declarados pelos contribuintes, em 2013, que representam 30% de toda a renda declarada, mais de um terço (R\$ 231 bilhões) refere-se a lucros e dividendos recebidos pelas pessoas físicas, e R\$ 51 bilhões a título de heranças e doações, com os rendimentos do capital respondendo por 56% de seu total, ou a R\$ 354 bilhões sobre os quais não incide este imposto.<sup>12</sup>

O tratamento privilegiado dado a esses tipos de rendimento desrespeita claramente um princípio da Constituição de 1988 que veda, no art. 150, inciso II, tratamento desigual entre os contribuintes independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

#### 4 COMPARATIVO COM OUTROS PAÍSES

A tese instaurada de que os investimentos que dão giro à economia vêm daqueles que possuem maior remuneração parece ter encontrado eco principalmente nos países periféricos, inclusive no Brasil, com a desmontagem que foi feita na estrutura do imposto de renda no final da década de 1980 com a onda neoliberal que se alastrou, mas o fato é que o mesmo não aconteceu, pelo menos na dimensão sugerida, nas economias desenvolvidas, como indicam os dados sobre a sua realidade tributária.

Nelas, ao que se percebe, o imposto sobre a renda continua tendo uma participação expressiva na arrecadação, como atestam os dados da OCDE para 2013, como ocorre na Dinamarca (63%), Estados Unidos (48%), Noruega (46%), Bélgica e Reino Unido (36%), Itália (36%), atingindo em média, 39% para o conjunto dos 34 países deste bloco, enquanto, no Brasil, essa participação não passou de 22% neste mesmo ano. Além disso, continuam

---

<sup>12</sup> OLIVEIRA, Fabrício Augusto de; BIASOTO JUNIOR, Geraldo. *A reforma tributária: removendo entraves para o crescimento, a inclusão social e o fortalecimento da federação*. Campinas: Instituto de Economia Unicamp, 2015. p. 26

muito desiguais, embora bem mais elevadas do que no Brasil, as alíquotas-teto incidentes sobre a renda das pessoas físicas (IRPF), caso da Bélgica (50%), Portugal (48%), Alemanha, Austrália, Reino Unido e França (45%), Itália (43%), Estados Unidos (39,6%), Espanha (30,5%) para ficar em alguns exemplos. Nem por isso, se tem notícia de que tenham ocorrido fugas expressivas dos investidores.

E não é só na tributação da renda que o Brasil parece estar na contramão dos países desenvolvidos, os vários impostos cobrados sobre o patrimônio geram receitas desprezíveis

de pouco mais de 1% do PIB, enquanto, principalmente nos países mais desenvolvidos, sua participação é bem mais expressiva.<sup>13</sup>

Veja-se por exemplo, o caso do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação que, embora de competência estadual, cabe ao Senado Federal estabelecer sua alíquota máxima, tendo essa sido fixada, em 1992, em 8%.<sup>14</sup> Ainda assim, ao que se sabe a maioria dos estados, a alíquota foi fixada entre 4 e 5%, o que está bem abaixo se comparado internacionalmente. Como se constata nos dados da OCDE<sup>15</sup>, essa alíquota anda em torno de 15%, mas, entre estes, destacam-se aqueles países que lhe dão importância como instrumento para diminuir a velocidade da concentração de renda, como o Japão, com uma alíquota-teto de 55%, Bélgica (50%), França (45%), Reino Unido (40%), entre outros, e, na América Latina, o Chile com uma alíquota máxima de 25%<sup>16</sup>.

Mesmo entre as economias da América Latina, o Brasil, no tocante a essa alíquota, se encontra atrás de países como a Argentina (35%), Chile (40%), Colômbia (33%), Equador (35%), Guatemala (31%), El Salvador, Nicarágua,

---

<sup>13</sup> OLIVEIRA, Fabrício Augusto de; BIASOTO JUNIOR, Geraldo. *A reforma tributária: removendo entraves para o crescimento, a inclusão social e o fortalecimento da federação*. Campinas: Instituto de Economia Unicamp, 2015. p. 15

<sup>14</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2016.

<sup>15</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Os efeitos distributivos dos impostos sobre o consumo nos países da OCDE*. França: OCDE, 2014.

<sup>16</sup> COLE, Alan. Impostos sobre heranças e sucessões em todo o mundo. *Tax Foundation*, mar. 2015. Disponível em: <[www.taxfoundation.org/article/estate-and-inheritance-taxes-around-world](http://www.taxfoundation.org/article/estate-and-inheritance-taxes-around-world)>. Acesso em: 21 nov. 2016.

México e Peru (30%), e até mesmo da Venezuela (34%). Como consolo, apresenta-se, com uma alíquota-teto mais alta, na frente das economias da Bolívia (13%), Costa Rica (15%), Honduras, Panamá, República Dominicana, Uruguai (25%); e Paraguai (10%).

Outra questão é o fato de no Brasil não se cobrar impostos sobre lucro e dividendos, que não encontra paralelo na economia internacional e explica, em boa medida, a mais reduzida participação do IRPF na estrutura tributária brasileira. Segundo Gobetti e Orair<sup>17</sup>, dos 34 países que compõem a OCDE, apenas a Estônia, na atualidade não cobra este imposto sobre essa modalidade de rendimento. Não pode ser visto como bom exemplo para o Brasil, país onde as gritantes desigualdades de renda exigem que essas sejam combatidas em várias frentes, inclusive por meio da maior tributação sobre os mais ricos.

Mas isso, não significa que o Brasil é permissivo com as empresas, aqui, onde há mais de 60 tributos federais, estaduais e municipais, uma empresa gasta, em média, 2.600 horas para pagar os impostos. Isso é muito mais do que a média de 503 horas registrada nos demais países da América Latina e do Caribe.<sup>18</sup> É o pior resultado entre 189 países analisados. A comparação com a média da OCDE – de 175 horas – pode parecer covardia, mas mesmo países famosos por sua ineficiência burocrática fazem o Brasil comer poeira nesse quesito.<sup>19</sup>

O Brasil destoa das demais economias latinas por gerar uma carga tributária na casa de 36 por cento do PIB (2012) – acima da média de 34,1% do PIB registrada nos países mais ricos do mundo – e isso resultou de um crescimento vertiginoso no pós-guerra, talvez o mais bem-sucedido no Ocidente

<sup>17</sup> GOBETTI; ORAIR, 2015 *apud* OLIVEIRA, Fabrício Augusto de; BIASOTO JUNIOR, Geraldo. *A reforma tributária: removendo entraves para o crescimento, a inclusão social e o fortalecimento da federação*. Campinas: Instituto de Economia Unicamp, 2015. p. 24

<sup>18</sup> COSTAS, R. Por que é tão difícil acabar com 'manicômio tributário' brasileiro? *BBC BRASIL*, São Paulo, out. 2014. Disponível em: <[www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/10/141001\\_reforma\\_tributaria\\_rc](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/10/141001_reforma_tributaria_rc)>. Acesso em: 08 nov. 2016.

<sup>19</sup> COSTAS, R. Por que é tão difícil acabar com 'manicômio tributário' brasileiro? *BBC BRASIL*, São Paulo, out. 2014. Disponível em: <[www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/10/141001\\_reforma\\_tributaria\\_rc](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/10/141001_reforma_tributaria_rc)>. Acesso em: 08 nov. 2016.

em tempos de paz. O desafio tributário brasileiro é inverso ao dos seus vizinhos latinos, que precisam tanto aumentar a arrecadação: se reduzir é impossível no curto prazo, ao menos vale melhorar a qualidade da tributação local.<sup>20</sup>

Resta ainda apontar que a situação brasileira não difere muito da latina, quando contrastada com a estrutura de tributação das economias avançadas. A diferença é menor nos tributos indiretos. Já no caso do imposto de renda, os latinos arrecadam bem menos que nos países da OCDE. Por outro lado, algumas inovações foram feitas, como o IR empresarial com base presumida e regimes simplificados. É sempre importante ressaltar que o imposto de renda tem um efeito redistributivo muito superior ao dos tributos indiretos, além do maior potencial para elevar a receita estatal.<sup>21</sup>

## 5 OS FINS SOCIAIS

Independente dos erros de política econômica que foram cometidos nos últimos anos, o fato é que o Brasil se encontra, atualmente novamente numa encruzilhada, correndo o risco de ver caírem por terra os ganhos que obteve em termos de redução das desigualdades com a implementação de políticas proativas para este objetivo, mas que se esgotaram, por mau planejamento financeiro do Estado.

O governo, além de cometer todos os pecados tributários já mencionados, não se comprometeu com a geração de superávits primários para contar com a confiança dos agentes econômicos, sendo inevitável, com o tempo, que se abalassem os pilares centrais da economia, com o Estado impotente financeiramente para dar-lhe continuidade. E, mais grave, sendo obrigado a promover ajustes em suas contas para se reenquadrar nas condições

---

<sup>20</sup> AFONSO, J. R. R. *A economia política da reforma tributária: o caso brasileiro*. 2013. Disponível em: <[www.wilsoncenter.org/sites/default/files/Tax\\_Reform\\_Brazil\\_0.pdf](http://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/Tax_Reform_Brazil_0.pdf)>. Acesso em: 10 nov. 2016. p. 2.

<sup>21</sup> AFONSO, J. R. R. *A economia política da reforma tributária: o caso brasileiro*. 2013. Disponível em: <[www.wilsoncenter.org/sites/default/files/Tax\\_Reform\\_Brazil\\_0.pdf](http://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/Tax_Reform_Brazil_0.pdf)>. Acesso em: 10 nov. 2016

estabelecidas pelo novo consenso macroeconômico para reconquistar a confiança do mercado.<sup>22</sup>

A alta carga tributária traz insatisfações em qualquer parte do globo, apesar de ser verificada, ainda assim em toda sua extensão. Assim, considerando as grandes desigualdades sociais do país e os ainda elevados níveis de pobreza existentes, e, de outro lado, que cabe idealmente ao Estado manejar os recursos para diminuir as gritantes desigualdades, até mesmo para garantir maior coesão social, o tamanho dessa carga pode até se justificar, desde que efetivamente o Estado compense a sociedade com a oferta de políticas públicas voltadas para a população.

Quando, no entanto, parcela significativa destes recursos tributários é simplesmente esterilizada com o pagamento dos juros da dívida pública, que atualmente representam cerca de 20% de toda a arrecadação, beneficiando o capital financeiro, ela se torna efetivamente onerosa para a sociedade, que pouco recebe de retorno do Estado, e também prejudicial para a atividade produtiva, porque carente de investimentos em infraestrutura econômica e social, para os quais raramente sobram recursos no orçamento.

## 6 MEDIDAS QUE MELHORARIAM

Antes de detalhar as medidas que se defende que devem ser adotadas para melhorar o sistema, é imprescindível que se atenda a dois princípios básicos que deveriam reger qualquer sistema tributário: o da simplicidade, de modo que as regras devem ser claras de serem compreendidas, não sendo necessárias infinitas instruções e normas sobre sua interpretação e de preferência que a simplicidade seja verificada também no número de tributos, que podem ter alíquotas maiores, porém mais concretas e calculáveis para todo contribuinte; e o da eficiência, devendo sempre ser considerado, antes de criado o tributo, a sua viabilidade, o custo de sua fiscalização e cobrança, o retorno que

---

<sup>22</sup> OLIVEIRA, Fabrício Augusto de; BIASOTO JUNIOR, Geraldo. *A reforma tributária: removendo entraves para o crescimento, a inclusão social e o fortalecimento da federação*. Campinas: Instituto de Economia Unicamp, 2015. p. 13

vai dar ao Estado e evidentemente, a devida destinação ao mesmo de modo a buscar excelência no gasto público.

Pois bem, após análise dos dados e de diversos estudos, percebe-se que renda e patrimônio estão sendo beneficiados, sobretudo das pessoas mais ricas do País, se comparados aos tributos sobre consumo e produção.

Então, o que se vê sendo proposto pelos estudiosos modernos, é a criação de um imposto mais amplo sobre o patrimônio, no Brasil, e parece claro que com isso alguns tributos deveriam ser extintos, simplificando assim o sistema, mas que em geral são de competência de outras esferas da federação, tais como o IPTU, IPVA, ITCD e mesmo o ITR, caso permaneçam na estrutura tributária. Destaca-se que o ITBI, por incidir sobre a transmissão de imóveis inter-vivos constitui um caso à parte, por não incidir sobre o estoque, mas sobre a venda dessa riqueza.

Contudo, essa retirada de competência pode acarretar um caminho mais complicado por retirar dos entes forma para financiamento de parte de seus gastos, mas, alternativamente, a criação de um imposto mais amplo sobre o patrimônio poderia ser partilhado e rateado entre os diferentes níveis de governo.

Um exemplo de como a burocracia pode confundir é o ICMS (Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços). Hoje, cada estado e o Distrito Federal têm uma lei própria para essa taxa. Ou seja, são 27 leis diferentes. A reforma poderia unificar as legislações do ICMS, simplificando o pagamento do imposto e estimulando as empresas a produzir mais<sup>23</sup>

O fato é que, apesar das dificuldades existentes para sua cobrança, o patrimônio, ou a riqueza acumulada, e, notadamente nessa, a transmissão por herança e doações, permanece como um caminho pouco explorado no Brasil para se promover principalmente a justiça tributária e social, que apresenta como forma de impedir que o montante da riqueza atual de ativos reais e

---

<sup>23</sup> RODRIGUEZ, D.A. O que é reforma tributária. *Mundo estranho*, abr. 2016. Disponível em: <[www.mundoestranho.abril.com.br/cotidiano/o-que-e-reforma-tributaria](http://www.mundoestranho.abril.com.br/cotidiano/o-que-e-reforma-tributaria)>. Acesso em: 08 nov. 2016.

financeiros continue a aumentar sua fatia na produção adicional futura, deduzidos os gastos com a mão de obra que se incorpora ao contingente da força de trabalho para essa finalidade, esta consiste exatamente na redução da velocidade de sua expansão, o que pode ser feito com a cobrança de um imposto mais poderoso incidente sobre a riqueza acumulada.

É preciso, no entanto, cuidados especiais e razoabilidade na criação desse super imposto, para que aqueles que, apesar de possuir algum patrimônio, estão longe da camada mais alta da sociedade – inclusive estão concretizando ascensão social, podendo diminuir a desigualdade. Por isso, além de bom senso no estabelecimento de limites adequados de isenção e alíquotas para sua incidência, é importante que sua cobrança seja feita de forma integrada com o imposto de renda, para que seja assegurada a progressividade do tributo.

Por outro lado, se a tributação direta deve ser priorizada nessas mudanças, até mesmo por não trazer maiores implicações para a atividade produtiva e ser mesmo, em vários aspectos, positiva para o crescimento econômico e a equidade social, a tributação indireta não pode ser ignorada, dada sua importância para essas mesmas questões.

Todavia, dadas as maiores dificuldades para sua reforma, diante dos conflitos que envolvem vários setores que participam de sua incidência ou que se beneficiam de seu financiamento, sua reforma demanda maiores cuidados e negociações, devendo, por isso, na perspectiva de uma reforma progressiva, ser pensada como uma proposta de maior prazo.<sup>24</sup>

A reforma da tributação indireta deve contemplar, por sua vez, mudanças que removam ou, pelo menos mitiguem a cumulatividade dos impostos e contribuições, de forma a permitir que se abra espaço para a criação de um imposto mais amplo incidente sobre o valor agregado, visando mais uma vez, tanto simplificar o sistema como reduzir o custo-Brasil.

---

<sup>24</sup> OLIVEIRA, Fabrício Augusto de; BIASOTO JUNIOR, Geraldo. *A reforma tributária: removendo entraves para o crescimento, a inclusão social e o fortalecimento da federação*. Campinas: Instituto de Economia Unicamp, 2015. p. 27



Seria necessário mapear conflitos, negociar alternativas e construir mecanismos críveis e legislação confiável compensadoras de eventuais perdas de recursos para que as mudanças sejam aceitas por estes setores e de que toda a sociedade será com elas beneficiada.

A criação de um imposto sobre o valor agregado, incidente pelo destino, com alguma alíquota mínima sendo cobrada na origem, visando fechar brechas para a sonegação, teria o condão de coibir as guerras fiscais entre os estados e remover uma das grandes distorções do sistema tributário, prejudicial para o crescimento econômico e para a arrecadação. Com ele, mais facilmente poderão ser estabelecidas alíquotas diferenciadas e seletivas, de acordo com a essencialidade do produto, mitigando a grande regressividade da tributação indireta.

É também tempo de acabar diversas renúncias tributárias atualmente existentes – estimadas em 20% da arrecadação federal – também deve ser motivo de criteriosa avaliação, pondo-se cobro àquelas concedidas em determinadas conjunturas que não mais as justificam.<sup>25</sup> Ora, a função da tributação moderna é arrecadar, não distribuir favores. Sem privilégios, a tributação se torna mais justa e todos acabam pagando menos, já que não sobra para uns custear os privilégios, injustificados, concedidos a outros.

Parece razoável a ideia da criação de fundos de compensação para a transição para um novo sistema, essencialmente para não deixar à mercê programas sociais que tenham parte de seu custeio vinculados a tributos específicos. Esses fundos poderiam advir do Imposto sobre Grandes Fortunas, já previsto, mas não regulamentado, por exemplo.

Outro ponto importante numa possível reforma é garantir a não-cumulatividade na tributação sobre valor adicionado, com o uso pleno e imediato como crédito de todos os valores pagos do tributo nas fases anteriores da cadeia produtiva.

---

<sup>25</sup> OLIVEIRA, Fabrício Augusto de; BIASOTO JUNIOR, Geraldo. *A reforma tributária: removendo entraves para o crescimento, a inclusão social e o fortalecimento da federação*. Campinas: Instituto de Economia Unicamp, 2015. p. 30

Talvez a tributação sobre o consumo seja a mais disfuncional e a que mais urgentemente requer simplificação. O CCiF entende que a melhor forma de atingir este objetivo seria pela criação de dois novos tributos baseados no modelo internacionalmente consolidado do imposto sobre o valor adicionado (IVA), que substituiriam gradualmente o PIS/Cofins, o ICMS e o ISS. A base de cálculo dos novos tributos deveria ser a receita líquida de impostos, não havendo vez para a chamada tributação “por dentro”, prática complexa e questionável de fazer o imposto integrar a própria base de cálculo.<sup>26</sup>

## 7 CONCLUSÃO

Por fim, então, resta concluir que uma reforma tributária é necessária. Seja pelas razões sociais, em que o Estado deve tratar com equidade seus cidadãos, combatendo evidentemente a desigualdade econômica, para que almeje um País com uma sociedade justa. Ou seja, pelas razões econômicas de viabilizar investimentos e produtividade no país, gerando emprego e renda à população.

Com isso, seria possível a sustentabilidade do sistema e o Estado poderia, efetivamente, proporcionar bem-estar social e serviços públicos, que lhe couberem, com qualidade aceitável.

O modelo proposto é simples, neutro, transparente e isonômico. A introdução desse novo paradigma traria grande avanço à tributação do consumo. Reduz a insegurança jurídica. Elimina a cumulatividade. Acaba com as práticas de cálculos “por dentro” e retenção indevida de créditos acumulados. Incentiva a livre concorrência e melhora o ambiente de negócios, promovendo o exercício da cidadania fiscal rumo à responsabilidade dos governantes negociada, democraticamente, nas urnas.

Contudo, é de se ressaltar que enquanto uma ampla reforma no sistema tributário não for viabilizada, é necessária a realização gradual de correções, de

---

<sup>26</sup> SANTI, E. et. al. Nossa reforma tributária. *Estadão Economia*, jul. 2016. Disponível em: <[www.economia.estadao.com.br/noticias/geral,nossa-reforma-tributaria,10000060810](http://www.economia.estadao.com.br/noticias/geral,nossa-reforma-tributaria,10000060810)>. Acesso em: 08 nov. 2016.

forma a reduzir os efeitos negativos sobre o crescimento da economia e os impactos sociais, pois as medidas urgem.

## REFERÊNCIAS

AFONSO, J. R. R. **A economia política da reforma tributária: o caso brasileiro**. 2013. Disponível em: <[www.wilsoncenter.org/sites/default/files/Tax\\_Reform\\_Brazil\\_0.pdf](http://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/Tax_Reform_Brazil_0.pdf)>. Acesso em: 10 nov. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2016.

CALMON, Sacha. **Curso de direito tributário brasileiro**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

COLE, Alan. Impostos sobre heranças e sucessões em todo o mundo. **Tax Foundation**, mar. 2015. Disponível em: <[www.taxfoundation.org/article/estate-and-inheritance-taxes-around-world](http://www.taxfoundation.org/article/estate-and-inheritance-taxes-around-world)>. Acesso em: 21 nov. 2016.

COSTAS, R. Por que é tão difícil acabar com ‘manicômio tributário’ brasileiro? **BBC BRASIL**, São Paulo, out. 2014. Disponível em: <[www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/10/141001\\_reforma\\_tributaria\\_rc](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/10/141001_reforma_tributaria_rc)>. Acesso em: 08 nov. 2016.

NUNES, Rizzato. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Fabrício Augusto de; BIASOTO JUNIOR, Geraldo. **A reforma tributária: removendo entraves para o crescimento, a inclusão social e o fortalecimento da federação**. Campinas: Instituto de Economia Unicamp, 2015.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Os efeitos distributivos dos impostos sobre o consumo nos países da OCDE**. França: OCDE, 2014.

RODRIGUEZ, D.A. O que é reforma tributária. **Mundo estranho**, abr. 2016. Disponível em: <[www.mundoestranho.abril.com.br/cotidiano/o-que-e-reforma-tributaria](http://www.mundoestranho.abril.com.br/cotidiano/o-que-e-reforma-tributaria)>. Acesso em: 08 nov. 2016.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTI, E. et. al. Nossa reforma tributária. **ESTADÃO Economia**, jul. 2016. Disponível em: <[www.economia.estadao.com.br/noticias/geral,nossa-reforma-tributaria,10000060810](http://www.economia.estadao.com.br/noticias/geral,nossa-reforma-tributaria,10000060810)>. Acesso em: 08 nov. 2016.

WOLKE, V. **Reforma tributária é decisiva para o Brasil crescer e enfrentar a concorrência global**. 2016. Disponível em: <[www.portaldaindustria.com.br/cni/imprensa/2016/03/1,82276/reforma-tributaria-e-decisiva-para-o-brasil-crescer-e-enfrentar-a-concorrenca-global.html](http://www.portaldaindustria.com.br/cni/imprensa/2016/03/1,82276/reforma-tributaria-e-decisiva-para-o-brasil-crescer-e-enfrentar-a-concorrenca-global.html)>. Acesso em: 08 nov. 2016.

# CRIMINOLOGIA MIDIÁTICA E SEUS IMPACTOS SOCIAIS E PENAIS

Jéssica da Rosa Magalhães<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo visa realizar, através de um estudo multidisciplinar, uma análise de o que é a mídia e de como a criminologia midiática pode influenciar negativamente a sociedade, e consequentemente, os resultados que podem trazer para o direito penal brasileiro.

**Palavras-chave:** Criminologia midiática. Teoria do Medo. Direito penal.

## ABSTRACT

This present article intends, through a multidisciplinary study, to execute an analysis of what is the media and how criminology media can negatively influence society, and consequently, the results that it can bring to the Brazilian criminal law.

**Keywords:** Criminology media. Theory of fear. Business law.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo constitui um acervo multidisciplinar de um trabalho de monografia de final do curso de Direito, A Mídia Lei e Ordem: e seu impacto no processo de criminalização<sup>2</sup>, cuja a duração foi e um ano (2015), no qual se buscou a forma de aplicação das teorias punitivas de prevenção geral através da mídia e do Estado, demonstrando os males que a praticas destas teorias geram no Direito Penal e em um Estado de sociedade e de direito. Contudo, ao longo do estudo foi possível descobrir que a ligação entre ambos (mídia e Estado) só era possível através de uma sociedade amedrontada, que será estudada neste artigo no tópico “teoria do medo”.

---

<sup>1</sup> Advogada militante na área de direito Penal, Aluna do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD; (jessica.rmagalhaes@gmail.com).

<sup>2</sup> MAGALHÃES, Jéssica da Rosa. *A mídia lei e ordem: e seu impacto no processo de criminalização*. 2015. 63 f. Monografia (Graduação) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2015.

Assim, o objetivo do presente artigo é dar ênfase à influência que a mídia, mas especificamente, a criminologia midiática causa em uma sociedade e apresentando como tal ato pode ser diretamente influenciador em matéria de direito penal. Por tanto, é de grande importância informar que as demais ligações feitas no estudo principal (monografia) não serão abordadas no presente artigo.

## **2 MEIOS DE COMUNICAÇÃO EM MASSA E SEUS REFLEXOS SOB A SOCIEDADE BRASILEIRA**

O ser humano, para sobreviver, tem a necessidade de conviver em grupo. Ainda, é da condição biológica do ser humano pensar, assim, para o bom convívio social, o ser humano se relaciona com os demais expressando seus pensamentos e conhecendo os pensamentos dos outros<sup>3</sup>. Em outras palavras, o ser humano interage entre si e com o “mundo” através da comunicação.

Ao se tratar de comunicação, em um mundo globalizado, moderno e tecnológico, impossível é não fazer uma associação direta com a famosa “mídia”. Então, devemos fazer a pergunta mais importante: o que é mídia? Imediatamente, pelas razões culturais, pensa-se em televisão, jornal impresso, rádio, sites informativos, imprensas etc. Contudo, em uma visão mais teórica, a mídia é o instrumento utilizado para divulgação de qualquer mensagem, ou seja, além das supracitadas, as conversas, cartas, redes sociais, livros, cinema etc., também são consideradas mídia.

Os meios de comunicação que mais atingem amplamente a massa social (televisão e internet), são os principais criadores de valores pessoais, morais e éticos de cada indivíduo da sociedade<sup>4</sup>. Esses meios, por fazerem uma seletiva das notícias que serão e que não serão transmitidas à toda sociedade, acaba por

---

<sup>3</sup> DIAS, F. Freitas; DIAS, F. Veiga; MENDONÇA, T. Cassenote. *Criminologia midiática e a seletividade do sistema penal*. 2013. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/3-7.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015. p.386

<sup>4</sup> COSMO, D. Bianca, et al. Mídia, violência e justiça penal. *Cadernos de Iniciação Científica*, São Bernardo do Campo, n. 2, p. 59-67, jul. 2005. p. 60.

determinar os assuntos no qual os indivíduos irão pensar<sup>5</sup>. Consequentemente, interferem diretamente na forma de pensar e agir das pessoas. Pode-se afirmar que é um instrumento de manipulação oculta. Não obstante, ainda criam uma realidade imaginária social através das imagens<sup>6</sup>. Neste quesito em específico, a maior contribuidora é a televisão.

Nesse sentido, a mídia se assemelha com as instituições criadoras de valores da cultura brasileira, que entre elas está a família, a escola e a igreja<sup>7</sup>. Em razão dessa semelhança, Marcondes Filho afirma: “a população em vez de se dirigir à justiça para valer seus direitos, à polícia para obter mais segurança, às escolas e universidades para aprender e melhorar sua formação, recorre aos meios de comunicação, como se estivessem lá para suprir essas necessidades”<sup>8</sup>. Embasando-se nessa afirmação, a mídia não só se assemelha com as instituições, como é a principal criadora de valores atualmente.

A televisão por ter uma narração de linguagem fácil e direta e, ainda repassar as notícias com a presença de imagens, a comunicação fica acessível à todas as classes e idades. Considerando o alto índice de analfabetos e o ócio da sociedade brasileira, que se aproveita dessa mensagem rápida e prática, a televisão acaba se tornando o meio de comunicação que mais abrange a população brasileira atual. A sua mensagem visual (filmagens e fotos) passa aos cidadãos uma realidade imaginária alta a ponto de conseguir, em muitos dos

---

<sup>5</sup> BUDÓ, Marília de Nardin. Mídia e teoria da pena: crítica à teoria da prevenção geral positiva para além da dogmática penal. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, v. 21, n. 101, p. 389-428, mar./abr. 2013. p. 411.

<sup>6</sup> COSTA, Alda Cristina. *O embate entre o visível e o invisível: a construção social da violência no jornalismo e na política*. 2010. 349 f. Tese (Doutorado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Pará, Pará, 2010. Disponível em: <<http://www.ppgcs.ufpa.br/arquivos/teses/teseTurma2005-AldaCosta.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

<sup>7</sup> COSTA, Alda Cristina. *O embate entre o visível e o invisível: a construção social da violência no jornalismo e na política*. 2010. 349 f. Tese (Doutorado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Pará, Pará, 2010. Disponível em: <<http://www.ppgcs.ufpa.br/arquivos/teses/teseTurma2005-AldaCosta.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015. p. 100.

<sup>8</sup> MARCONDES FILHO, 2008 apud COSTA, Alda Cristina. *O embate entre o visível e o invisível: a construção social da violência no jornalismo e na política*. 2010. 349 f. Tese (Doutorado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Pará, Pará, 2010. Disponível em: <<http://www.ppgcs.ufpa.br/arquivos/teses/teseTurma2005-AldaCosta.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015. p. 101.

casos uma comoção popular exuberantemente elevada. Nas palavras de Balandier: “Onde o espetáculo visual chega, as palavras não são necessárias”<sup>9</sup>. Não obstante, a mensagem passada por este instrumento de comunicação possui um conteúdo pronto, não dando espaço para a criação de pensamentos e críticas próprias dos indivíduos. A população deixa de ter uma interpretação própria para absolver e pensar somente naquilo que lhe passam de maneira “mastigada”<sup>10</sup>. Dessa forma, é válido a colocação de Tuchman:

[...] a notícia não espalha a realidade, ajuda a construí-la como fenômeno social compartilhado, posto que no processo de descrever um acontecimento a notícia define e dá forma a esse acontecimento.<sup>11</sup>

Curiosamente, a sociedade brasileira tem alguma atração pelos assuntos penais. Essa confirmação é possível através de pesquisas em que demonstram que as páginas, cujo o conteúdo é de teor criminal, são as mais lidas pela população<sup>12</sup>. Por óbvio, os meios de comunicação se aproveitam destas matérias para “captar audiência e aumentar a venda de exemplares”<sup>13</sup>. Acrescentando a essa “manobra” de captação de lucros e audiência, surge o sensacionalismo e a dramatização do mundo da criminologia midiática, que por sua vez, gera a cultura do medo.

Seguindo esse pensamento, Shakespeare já dizia: “O mundo inteiro é um palco”, sendo as avaliações dramáticas as principais encenações<sup>14</sup>. Dando continuidade, Balandie acrescenta: “É através deste jogo que o imaginário e a

<sup>9</sup> BALANDIER, Georges. *O poder em cena*. Coimbra: Minerva, [19?]. p. 28.

<sup>10</sup> DIAS, F. Freitas; DIAS, F. Veiga; MENDONÇA, T. Cassenote. *Criminologia midiática e a seletividade do sistema penal*. 2013. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anaais/2013/3-7.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015. p.391.

<sup>11</sup> TUCHMAN, 1983 apud BUDÓ, Marília de Nardin. Mídia e teoria da pena: crítica à teoria da prevenção geral positiva para além da dogmática penal. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, v. 21, n. 101, p. 389-428, mar./abr. 2013. p.404.

<sup>12</sup> SOARES, 2011 apud DIAS, F. Freitas; DIAS, F. Veiga; MENDONÇA, T. Cassenote. *Criminologia midiática e a seletividade do sistema penal*. 2013. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anaais/2013/3-7.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015. p. 389.

<sup>13</sup> DIAS, F. Freitas; DIAS, F. Veiga; MENDONÇA, T. Cassenote. *Criminologia midiática e a seletividade do sistema penal*. 2013. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anaais/2013/3-7.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015. p. 389.

<sup>14</sup> BALANDIER, Georges. *O poder em cena*. Coimbra: Minerva, [19?]. p. 19.



ideologia se tornam ilusões realizadas”<sup>15</sup>. Outra curiosidade relevante é de que em uma pesquisa realizada ao longo de três décadas constatou que as pessoas que assistem muita televisão são as que mais acreditam viver em um bairro perigoso, de que o crime está cada vez mais presente na sociedade e, por fim, acreditam que podem ter grandes possibilidades de serem vítimas da violência.<sup>16</sup> Ora, a realidade desta pesquisa está mais próxima e visível do que imaginamos, basta olhar as casas de qualquer cidade brasileira, a maioria estará com ao menos um destes itens de segurança: cercas eletrônicas, alarmes e câmeras.

Além da seletividade de notícias feito pelos os órgãos midiáticos, estes muitas vezes distorcem os fatos ocorridos na realidade, divulgando o que é do interesse midiático e ocultando o que não lhe interessa. Assim, na proporção em que a mídia noticia e informa (ou “pseudo-informação” de acordo com Fabio Andrade<sup>17</sup>) a população, ela também desvirtua e manipula a concepção e pensamento dos mesmos, gerando muitas vezes pensamentos discriminatórios como é o caso do estereótipo criado para os “inimigos” da sociedade.

### 3 CRIMINOLOGIA MIDIÁTICA

Quando se trata de assuntos voltados ao crime, é um reflexo do ser humano procurar um culpado no qual a sociedade poderá se revoltar<sup>18</sup>. Nesse entendimento, um dos maiores estudos de Zaffaroni, presente na obra “A palavra dos mortos: Conferências de Criminologia Cautelar”, refere-se ao grupo que ele chama de “inimigos”, que são os criminosos ou futuros criminosos da sociedade. O estudo se baseia na mídia que cria um estereótipo de criminosos,

---

<sup>15</sup> BALANDIER, Georges. *O poder em cena*. Coimbra: Minerva, [19?]. p. 21.

<sup>16</sup> GLASSNER, Barry. *Cultura do medo*: por que tememos cada vez mais o que deveríamos temer cada vez menos: crime, drogas, minorias, mães adolescentes, crianças assassinadas, micróbios mutantes, acidentes de avião, fúria no trânsito e muito mais. São Paulo: Francis, 2003. p. 100.

<sup>17</sup> ANDRADE, Fábio Martins. *Mídia e poder judiciária*: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 159.

<sup>18</sup> BUDÓ, Marília de Nardin. Mídia e teoria da pena: crítica à teoria da prevenção geral positiva para além da dogmática penal. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, v. 21, n. 101, p. 389-428, mar./abr. 2013. p.404.

sendo sua maioria jovens, negros e favelados. Enfatizando esse pensamento, Zaffaroni aduz em sua obra:

A mensagem é que o adolescente de um bairro precário que fuma maconha ou toma cerveja em uma esquina, amanhã fará o mesmo que o parecido que matou uma velinha na saída de um banco e, portanto, é preciso isolar a sociedade de todos eles.<sup>19</sup>

É importante observar que os meios de comunicação em massa se voltam não a um “provável agressor”, mas sim contra um grupo social<sup>20</sup>. Com essa “rotulação” de delinquentes, a criminologia midiática induz à sociedade a ter uma percepção de que o mundo está dividido entre dois grupos de pessoas: as “boas”, dignas de viver em sociedade e as pessoas “más” que devem ser punidas sem qualquer ressentimento<sup>21</sup>.

A criminologia midiática utiliza uma técnica política chamada *völkisch*. Essa técnica é utilizada para inserir os “preconceitos discriminadores populares”. A criminologia midiática conquista e comove psicologicamente a população que acredita na honestidade e na boa-fé do poder midiático. O intuito é iludi-los a uma crença ilusória de que os indivíduos “estereótipos” são, ou serão, delinquentes e conseqüentemente não merecem viver junto à sociedade<sup>22</sup>.

Na história, o maior explorador da técnica *völkisch* foi Hitler. Apesar de não ser o criador do vocabulário alemão<sup>23</sup>, ele já afirmava: “quando a propaganda já conquistou uma nação inteira para uma ideia, surge o momento

<sup>19</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos*: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 307.

<sup>20</sup> BUDÓ, Marília de Nardin. Mídia e teoria da pena: crítica à teoria da prevenção geral positiva para além da dogmática penal. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, v. 21, n. 101, p. 389-428, mar./abr. 2013. p.408.

<sup>21</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos*: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 307.

<sup>22</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos*: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 330.

<sup>23</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos*: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 330.

asado para a organização, com um punhado de homens, retirar as consequências práticas”<sup>24</sup>.

A técnica *völkisch* e o medo psicológico que o meio midiático impõe na população, gera a convicção de uma desordem social no qual a solução só será possível por meio da eliminação dos infratores e dos possíveis infratores<sup>25</sup>. Em palavras mais rudes, conforme a rotulação, seria a eliminação dos indivíduos pobres. É possível visualizar a clara intenção de manipulação para este fim quando surgem outros perigos tão alarmantes quanto<sup>26</sup>. Foi o que aconteceu, por exemplo, quando surgiu a crise do Ebola em 2014, no qual as matérias de criminologia midiática foram reduzidas e o medo da população por esta ficou em segundo plano. Deve-se observar que, em ambos os casos, o governo é o responsável tanto pela negligência quanto pela busca de soluções imediatas<sup>27</sup>.

A dramatização que sempre está por trás das reportagens de criminologia midiática, além de obter a atenção do receptor da notícia, também mexe com os sentimentos dele. Em razão disso, a sociedade apoia a mídia no seu “processo midiático” de investigar, acusar, julgar e condenar, sendo a pena a repressão social contra o mero suspeito do inquérito policial<sup>28</sup>.

Com a influência direta da mídia perante os casos criminais, ela passou a ter “um papel de agência executiva do sistema penal”<sup>29</sup>. Esta influência reflete também nas reformas do direito penal que com um cenário comovente junto ao seu poder de manipulação, impõem valores negativos sob o sistema punitivo penal. O resultado é de uma sociedade amedrontada que clama por uma atitude

<sup>24</sup> HITLER, apud BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. Disponível em: <<http://www.bocc.uff.br/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2015.

<sup>25</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos*: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 330.

<sup>26</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos*: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 330.

<sup>27</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos*: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 331.

<sup>28</sup> BUDÓ, Marília de Nardin. Mídia e teoria da pena: crítica à teoria da prevenção geral positiva para além da dogmática penal. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, v. 21, n. 101, p. 389-428, mar./abr. 2013. p. 413.

<sup>29</sup> BUDÓ, Marília de Nardin. Mídia e teoria da pena: crítica à teoria da prevenção geral positiva para além da dogmática penal. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, v. 21, n. 101, p. 389-428, mar./abr. 2013. p. 415.

imediate do Estado, que, por sua vez, na maioria das vezes, se não todas, ao responder de forma favorável ao clamor público confronta as garantias constitucionais<sup>30</sup>.

O espetáculo na esfera penal acaba por gerar desejos punitivos que podem interferir na criação e reformulação da legislação penal. A população, por meio da ilusão midiática, crê que a pena é uma solução imediata e eficaz para os conflitos<sup>31</sup>. Por tanto, caso a resposta do Estado seja aplicar uma solução cujo o resultado leve um tempo longo para surgir, como é o caso de aplicação de políticas públicas, a sociedade passa a perder a credibilidade e confiança nele. Desta maneira, o Poder Judiciário acaba cedendo aos gritos da sociedade que não possui qualquer conhecimento jurídico<sup>32</sup>. O resultado, na maioria das vezes, é a aplicação do direito penal com o aumento das penas já vigentes. Contudo, não compete ao direito penal tal função estabilizadora social<sup>33</sup>. É preciso a aplicação de outros meios de controle sociais para esse fim. As consequências da aplicação do direito penal de forma errônea são os sistemas carcerários lotados com indivíduos que, “em quase um terço dos casos”, não são condenados<sup>34</sup>.

Nesse sentido, Baratta afirma que a melhor política criminal seria aquela que modificaria as estruturas sociais e o poder, no qual o foco seria a minimização das desigualdades sociais. Diante disto o autor afirma o obvio, que o direito penal é o pior meio para atingir qualquer melhoria social.<sup>35</sup>

<sup>30</sup> DIAS, F. Freitas; DIAS, F. Veiga; MENDONÇA, T. Cassenote. *Criminologia midiática e a seletividade do sistema penal*. 2013. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/3-7.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015. p. 390.

<sup>31</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007. p. 149.

<sup>32</sup> DIAS, F. Freitas; DIAS, F. Veiga; MENDONÇA, T. Cassenote. *Criminologia midiática e a seletividade do sistema penal*. 2013. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/3-7.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015. p. 395.

<sup>33</sup> BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução do direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003. p. 44.

<sup>34</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 337.

<sup>35</sup> BARATTA, 1993 apud QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 103.

## 4 TEORIA DO MEDO

O medo é um sentimento natural do homem, uma técnica de defesa para evitar uma angustia intensa<sup>36</sup>. A sensação do medo já se faz presente na infância através dos desenhos e histórias infantis. Nesse período é apresentado a diferença entre bem e o mal, o certo e o errado. A importância do conhecimento do medo, desde as primeiras fases da vida, ocorre em razão de ser o instrumento para que os indivíduos obedeçam às normas. Logo, para as pessoas quererem seguir as normas e se precaverem de atos violentos executados por si mesmo, é necessária uma coação moral, isto é, um medo que repele a vontade de agir contra as leis. Porém, só é possível atingir este objetivo se o sujeito tiver conhecimentos das situações de quem é e de quem não é punido<sup>37</sup>.

Na visão de Bauman, “medo é o nome que damos a nossa incerteza: nossa ignorância da ameaça e do que deve ser feito. Vivemos numa era onde o medo é um sentimento conhecido por toda criatura viva”<sup>38</sup>. Ou seja, além do medo natural do “extinto animal”, é criado na mente de todos um medo inexistente, uma insegurança desnecessária.

Nas décadas de 60, nos Estados Unidos, o mundo teve o primeiro estudo a respeito do medo associando-se a criminalidade. A partir desse primeiro estudo, Roche, fez um aprofundamento no assunto abordado<sup>39</sup>, no qual umas das observações é a respeito das pesquisas realizadas por Balkin, em que

---

<sup>36</sup> AGUIAR, Cristiane Lamin Souza. *Medo e descrença nas instituições de lei e ordem*: uma análise da imprensa escrita e das sondagens de opinião. 2005. 142 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down184.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2015. p. 13-14.

<sup>37</sup> PALADINO, Carolina de Freitas. *Medo do crime, mídia e controle penal*: efetivação do direito fundamental à presunção da inocência no processo penal do espetáculo. 2010. 110 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade Integradas do Brasil, Curitiba. Disponível em: <[http://www.unibrasil.com.br/sitemestrado/\\_pdf/carolina\\_de\\_freitas\\_paladino\\_dissertacao.pdf](http://www.unibrasil.com.br/sitemestrado/_pdf/carolina_de_freitas_paladino_dissertacao.pdf)>. Acesso em 07 jun. 2015. p. 12.

<sup>38</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007. p. 8-9.

<sup>39</sup> ROCHÉ, 1993 apud AGUIAR, Cristiane Lamin Souza. *Medo e descrença nas instituições de lei e ordem*: uma análise da imprensa escrita e das sondagens de opinião. 2005. 142 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down184.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2015. p. 16.

demonstra a contradição da sociedade em relação ao crime. Contradição, pois, onde se tem “baixa taxa de vitimização” é onde se encontra o maior índice de medo quanto a vitimização<sup>40</sup>. Tal afirmação pode ser exemplificada com a sabida informação de que os maiores índices de pobreza são onde se tem os maiores índices de homicídios, “em algumas comunidades populares em São Paulo a taxa de homicídios chega a 150 por cem mil habitantes, quase três vezes a média na região metropolitana de São Paulo”, ainda sim a maior taxa de medo é entre as pessoas que possuem baixo risco.<sup>41</sup>

A associação do medo em face do crime só foi possível pela “criação do outro como inimigo”. Segundo Caldeira, antropóloga brasileira, o medo do crime é criado pelos próprios indivíduos da população<sup>42</sup> que, com o repassar de informações e acontecimentos vividos por outros, mudam seus hábitos e limitam suas liberdades de convívios sociais<sup>43</sup>. Desta forma é possível afirmar que a população se baseia em casos isolados<sup>44</sup>. Cabe à mídia ser a principal responsável por essas mudanças de hábitos e limitações de liberdade já que as

<sup>40</sup> ROCHÉ, 1993 apud AGUIAR, Cristiane Lamin Souza. *Medo e descrença nas instituições de lei e ordem: Uma análise da imprensa escrita e das sondagens de opinião*. 2005. 142 f. Dissertação (Mestrado em sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down184.pdf>>. Acesso em 07 jun. 2015. p. 16.

<sup>41</sup> GLASSNER, Barry. *Cultura do medo: por que tememos cada vez mais o que deveríamos temer cada vez menos: crime, drogas, minorias, mães adolescentes, crianças assassinadas, micróbios mutantes, acidentes de avião, fúria no trânsito e muito mais*. São Paulo: Francis, 2003. p. 15.

<sup>42</sup> CALDEIRA, 1989 apud AGUIAR, Cristiane Lamin Souza. *Medo e descrença nas instituições de lei e ordem: uma análise da imprensa escrita e das sondagens de opinião*. 2005. 142 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down184.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2015. p. 16.

<sup>43</sup> COSTA, Alda Cristina. *O embate entre o visível e o invisível: a construção social da violência no jornalismo e na política*. 2010. 349 f. Tese (Doutorado) - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Pará, Pará, 2010. Disponível em: <<http://www.ppgcs.ufpa.br/arquivos/teses/teseTurma2005-AldaCosta.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015. p. 124.

<sup>44</sup> GLASSNER, Barry. *Cultura do medo: por que tememos cada vez mais o que deveríamos temer cada vez menos: crime, drogas, minorias, mães adolescentes, crianças assassinadas, micróbios mutantes, acidentes de avião, fúria no trânsito e muito mais*. São Paulo: Francis, 2003. p. 15.

experiências das pessoas são obtidas mais frequentemente pelos meios de comunicação midiático do que pela interação social<sup>45</sup>.

Dessa forma, o medo psicológico pode ser usado como meio de valoração das leis, que é aplicado tanto às pessoas vitimizadas quanto aos infratores. As imagens dos condenados vivendo (ou sobrevivendo) em condições sub-humanas nas prisões, faz com que as pessoas da sociedade tenham receio de praticar atos criminosos, pois, caso infrinjam as normas, serão igualmente punidos<sup>46</sup>. Terão que conviver com o precário sistema carcerário e suas superlotações como mostrado nos noticiários midiáticos.

Existe dois momentos para a imposição do medo. As duas ocorrem por meio da informação. A primeira demonstração é da sanção pena (sendo seu público alvo a sociedade em seu todo) e a segunda é a demonstração dos efeitos dessa punição (direciona-se aos infratores e aos sujeitos que desejam infringir)<sup>47</sup>. É neste momento que a criminologia midiática, por intermédio de seus cenários dramatizados, atua como instrumento para inibir a prática de delitos futuros, também conhecida como teoria geral negativa.

Sendo, de uma maneira generalizada, a realidade da criminologia brasileira um cenário encenado pelas grandes mídias, pode-se dizer que o medo é o “ator” principal. De acordo com Shecaira: “o medo, ganha vida própria no grande espetáculo”<sup>48</sup>. A sociedade acolhe a criminalidade midiática como uma realidade do cotidiano de suas vidas. O objetivo da mídia, em repassar

---

<sup>45</sup> BUDÓ, Marília de Nardin. Mídia e teoria da pena: crítica à teoria da prevenção geral positiva para além da dogmática penal. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, v. 21, n. 101, p. 389-428, mar./abr. 2013. p. 411.

<sup>46</sup> PALADINO, Carolina de Freitas. *Medo do crime, mídia e controle penal: efetivação do direito fundamental à presunção da inocência no processo penal do espetáculo*. 2010. 110 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade Integradas do Brasil, Curitiba. Disponível em: <[http://www.unibrasil.com.br/sitemestrado/\\_pdf/carolina\\_de\\_freitas\\_paladino\\_dissertacao.pdf](http://www.unibrasil.com.br/sitemestrado/_pdf/carolina_de_freitas_paladino_dissertacao.pdf)>. Acesso em 07 jun. 2015. p. 12.

<sup>47</sup> PALADINO, Carolina de Freitas. *Medo do crime, mídia e controle penal: efetivação do direito fundamental à presunção da inocência no processo penal do espetáculo*. 2010. 110 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade Integradas do Brasil, Curitiba. Disponível em: <[http://www.unibrasil.com.br/sitemestrado/\\_pdf/carolina\\_de\\_freitas\\_paladino\\_dissertacao.pdf](http://www.unibrasil.com.br/sitemestrado/_pdf/carolina_de_freitas_paladino_dissertacao.pdf)>. Acesso em 07 jun. 2015. p. 12.

<sup>48</sup> COSMO, D. Bianca, et al. Mídia, violência e justiça penal. *Cadernos de Iniciação Científica*, São Bernardo do Campo, n. 2, p. 59-67, jul. 2005. p. 62.

excessivas informações voltadas aos crimes (em sua maioria violentos), é de transferir aos indivíduos dos grupos de pessoas “boas” situações vividas por outros. Consequentemente, a interpretação que os indivíduos fincam, é de que pode acontecer com qualquer um, inclusive com quem está recebendo as informações de violências. Assim, se cria a ideologia de que “você”, sua família e seus amigos serão as próximas vítimas.

Em consequência deste medo imaginário, cria-se uma sociedade com menos liberdade<sup>49</sup>, com necessidade de segurança extrema e uma população com valores de “preconceitos sociais”<sup>50</sup>. Frente a essa situação caótica, os indivíduos desejam vigorosamente uma ação do Estado frente aos assuntos criminais para que possam se sentir seguros<sup>51</sup>. Esse medo é o causador do clamor social e, interpretada por Fábio Andrade, “a falsa representação de solidariedade que une todos os cidadãos nesta batalha fictícia contra a delinquência”<sup>52</sup>.

A perda da liberdade de espaço e a necessidade de segurança a todo custo acaba por camuflar o pedido de vigilância extra que é solicitado ao Estado, ou seja, além de solicitar que o Estado vigie os infratores e possíveis infratores (etiquetamento), despercebidamente, também se pede que o Estado monitore as classes “vítimas”. Nesse sentido, Zaffaroni diz que “Apenas uma construção de uma realidade temível com uma sobre carga de medo para que as pessoas deixem de valorizar a intimidade e o espaço social de liberdade”<sup>53</sup>.

Seguindo essa linha lógica, o aumento de leis em matéria penal e seus efeitos são os contribuidores para a diminuição do medo, restabelecendo a

<sup>49</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos*: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 317.

<sup>50</sup> COSMO, D. Bianca, et al. Mídia, violência e justiça penal. *Cadernos de Iniciação Científica*, São Bernardo do Campo, n. 2, p. 59-67, jul. 2005. p. 62.

<sup>51</sup> DIAS, F. Freitas; DIAS, F. Veiga; MENDONÇA, T. Cassenote. *Criminologia midiática e a seletividade do sistema penal*. 2013. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/3-7.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015. p. 391.

<sup>52</sup> ANDRADE, Fábio Martins. *Mídia e poder judiciária*: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 156.

<sup>53</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos*: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 317.



harmonia social (também conhecida como aplicação da teoria geral positiva que, através da ação do Estado, aplica-se leis mais severas para reconquistar a confiança da sociedade). Conclui-se que o alto e baixo índice de medo, perante a criminologia midiática, depende do contexto social e da forma como a mensagem em teor penal é repassado. Assim, a atuação da mídia é o ponto de partida para o desenvolvimento do medo que, por sua vez, direciona a reações dos indivíduos e da sociedade.<sup>54</sup>

Atualmente, a sociedade brasileira está vivendo uma nova onda de pânico moral, gerado pela criminologia midiática. Ao longo dos últimos anos, os brasileiros foram bombardeados com notícias de crimes graves, em especial homicídios e estupros, cometidos por menores infratores.

A mídia televisionada mostra o menor infrator sendo encaminhado à Delegacia de Proteção à Criança (contudo, pelo enredo, geralmente passa a ideia que já são imediatamente levados a uma unidade de internação), em seguida são apresentados os familiares das vítimas, chorando e implorando por justiça. As imagens causam um grande impacto nos telespectadores. O excesso de notícias com o mesmo teor começou a gerar receio na população. Depois que a mídia, de forma discreta, relembrou o que todos já sabem – o menor infrator é inimputável ou que sua sanção é extremamente branda próxima ao ato criminoso praticado – o medo social aflorou com todo vigor. A sociedade passou a clamar pela redução da menoridade penal.

Atualmente, o medo criado pela criminologia midiática ganhou mais um cenário para seu espetáculo: as redes sociais. Nesse novo espaço, os divulgadores das mensagens são os próprios internautas, isto é, a própria população. Frequentemente, os mesmos compartilham entre si relatos de atrocidades cometidas por menores, esses relatos quase sempre são acompanhados por imagens de uma ou mais pessoas assassinadas ou

---

<sup>54</sup> PALADINO, Carolina de Freitas. *Medo do crime, mídia e controle penal: efetivação do direito fundamental à presunção da inocência no processo penal do espetáculo*. 2010. 110 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade Integradas do Brasil, Curitiba. Disponível em: <[http://www.unibrasil.com.br/sitemestrado/\\_pdf/carolina\\_de\\_freitas\\_paladino\\_dissertacao.pdf](http://www.unibrasil.com.br/sitemestrado/_pdf/carolina_de_freitas_paladino_dissertacao.pdf)>. Acesso em 07 jun. 2015. p. 12.

violentadas. Contudo, é normal os textos relatados e/ou imagens não possuírem fontes. Ainda, quando possuem, é comum tratar-se de fontes cujo ano do caso relatado é antigo.

No meio desses compartilhamentos de informações, tem-se comentários do público e do próprio indivíduo que compartilhou a mensagem. Entre os comentários estão palavras de revolta e ironias como: “a impunidade é absoluta”, “os menores podem fazer qualquer coisa”<sup>55</sup>, “redução da maioridade penal já”, “crianças? Não! São monstros que devem ser punidos”, “mataram a sangue frio, mas só cometeram uma infração. Absurdo!”, etc<sup>56</sup>. É extremamente visível o clamor da sociedade por meio das redes sociais.

O resultado desse pânico moral está tramitando na Câmara e no Senado. Existem duas propostas em trâmite: a Proposta de Emenda Constitucional - PEC 171/93, do Sr. Benedito Domingos, que visa alterar o texto do art. 228 da Constituição Federal de 1988 que trata da imputabilidade penal aos menores de dezoito anos, para a redação de “imputabilidade penal do maior de dezesseis anos”<sup>57</sup>. E a Proposta de Emenda Constitucional - PEC 33/2012, do Senador Aloysio Nunes Ferreira, no qual objetiva alteração dos artigos 1228 e 129 da Constituição Federal de 1988, acrescentando um parágrafo único que prevê a punição dos maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos por lei especial<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>56</sup> Expressões retiradas da rede social Facebook. Grupos e comunidades que incentivam a redução da maioridade penal como: MENORIDADE penal já. Taubaté, 2013. Disponível em: <<https://www.facebook.com/groups/330990090357329/?ref=ts&fref=ts>>. Acesso em 28 set. 2015 [Grupo do Facebook]; BANDIDO bom é bandido morto. Brasil, 2014. Disponível em: <<https://www.facebook.com/morteaosbandidos?ref=ts&fref=ts>>. Acesso em 28 set. 2015. [Comunidade do Facebook]; entre outros.

<sup>57</sup> BRASIL. *Propostas de Emenda à Constituição nº 171, de 1993*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14493>>. Acesso em: 09 jun. 2015.

<sup>58</sup> BRASIL. *Propostas de Emenda à Constituição nº 33, de 2012*. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=106330](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106330)>. Acesso em: 09 jun. 2015.

É visível a interpretação do mundo dos crimes como “um problema de ordem pública”<sup>59</sup>, quando na realidade é um problema de âmbito social. Os dados abaixo demonstram a ideia de que os menores infratores são os novos assassinos em série, passada pelas grandes mídias, é desproporcional à realidade. Essa desproporção ocorre na seguinte situação: quando se trata dos crimes infracionais a estatísticas revelam que o maior número de crimes cometidos pelos menores é o delito roubo e não homicídio.

Conforme dados estatísticos, realizado no Brasil (população entre 12 a 21 anos), foi possível adquirir as seguintes informações: no país, 14,8% da população de 10 a 19 anos vive em favelas. Os atos infracionais mais cometidos entre os indivíduos de 12 a 21 anos são: roubo, tráfico de drogas e furto, que corresponde a 69,99% dos crimes do país. Os 12,67% são os atos infracionais contra a pessoas, isto é, homicídio, latrocínio e estupro. Ainda assim, os dados nacionais mostram que os atos infracionais contra a pessoa vêm diminuindo no país, nos últimos anos (conforme tabela a baixo):

**Quadro 1 – Atos infracionais contra a pessoa**

Atos infracionais contra a pessoa (ano)	Homicídio (%)	Latrocínio (%)	Estupro (%)	Lesão corporal (%)
2010	14,9	5,5	3,3	2,2
2011	8,4	1,9	1,0	1,3
2012	9,0	2,1	1,4	1,8
2013*	8,81	1,94	1,15	Não disponível

\*Dados preliminares - Levantamento Anual dos/as Adolescente em Cumprimento de Medida Socioeducativa 2013.

Fonte: Maior Idade Penal<sup>60</sup>

## 5 AÇÃO DO ESTADO E SEU RESULTADO FINAL

<sup>59</sup> ANDRADE, Fábio Martins. *Mídia e poder judiciária*: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 183.

<sup>60</sup> MAIOR IDADE PENAL. *Dados e argumentos*. Disponível em: <<http://www.maioridadepenal.org.br/dados.html#dados>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

Para que um grupo de pessoas possa viver em harmonia é necessário um controle social. Este é obtido por meio de instrumentos informais como as escolas, famílias, igrejas, etc<sup>61</sup>. O direito é o mecanismo que mantém a consolidação do sistema social, sendo sua função garantir a confiança da população<sup>62</sup>. Quando os instrumentos informais falham, a confiança da sociedade perante o Estado é quebrada. O Estado, por sua vez, tem o poder do exercício punitivo e através desse poder busca as soluções “mágicas” com o intuito de restabelecer a confiança da sociedade.

Em qualquer cultura, as soluções “mágicas” são consequências de uma resposta aparentemente imediata e eficaz, a ocultação desta resposta gera a insegurança da população. Contudo, estes clamam por uma resposta impossível, já que ninguém pode refazer o que já aconteceu. E, frente a essa situação, procurar soluções com o intuito de reparar o ocorrido só é possível através de vingança<sup>63</sup>.

Existem meios de controle extrapenais como: educação, saúde, moradia e emprego que, por gerarem melhor qualidade de vida, são mais eficazes que a política criminal. Porém, essas medidas só poderão demonstrar resultados após um longo prazo após o início de sua aplicação. Considerando-se a necessidade de resultados imediatos e conquista da confiança popular, a alternativa encontrada se resume em aplicações de medidas autoritárias e eleitoreiras<sup>64</sup>. Obviamente, para conseguir restabelecer a harmonia social, a medida utilizada para combater o crime deve ser tão espetacularizada quanto as notícias criminais mediáticas<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituição do direito penal*: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

<sup>62</sup> BUDÓ, Marília de Nardin. Mídia e teoria da pena: crítica à teoria da prevenção geral positiva para além da dogmática penal. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, v. 21, n. 101, p. 389-428, mar./abr. 2013. p. 495.

<sup>63</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos*: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 313.

<sup>64</sup> BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução do direito penal*: fundamentos para um sistema penal democrático. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003. p. 44-45.

<sup>65</sup> BUDÓ, Marília de Nardin. Mídia e teoria da pena: crítica à teoria da prevenção geral positiva para além da dogmática penal. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, v. 21, n. 101, p. 389-428, mar./abr. 2013. p. 417.

Entre as soluções de medidas extrapenais (socioeducativas) e penais (punitivas) a mais comum nos casos de emergência é a segunda. Mais especificamente, a medida usada é o de “aumento de penas” cujo o discurso é “Lei e Ordem”, ou seja, a ação legal resultará em uma quantidade inferior de criminosos cometendo crimes<sup>66</sup>.

Dessa forma, a legislação criada em face da perturbação social que, por sua vez, foi gerada pela mídia, além de possuir uma visível imposição de penas mais rigorosas também eleva a desigualdade social<sup>67</sup>, à “inflação legislativa”<sup>68</sup> e, por fim, cria uma ilusão de segurança pública restabelecida.

A sociedade, que já foi manipulada a querer medidas autoritárias e, ocultamente desejar vingança, se sente satisfeita pois, além de acreditar que a ameaça vai inibir novos crimes, ela também crê que a pena mais severa é um castigo merecido (pois é assim que sociedade enxerga). É “apostar em um órgão de reprodução da violência para contê-la”<sup>69</sup>. A imagem do condenado sendo punido é como uma “prova” da eficiência da política criminal, o que acaba por trazer de volta a sensação de segurança da população. Por outro lado, as punições mais severas são interpretadas como uma ameaça a quem pretende delinquir.

Implantar penas mais rigorosas e impedir o cumprimento em regime semiaberto é extremamente oneroso, contudo o Congresso consegue aprovação destes gastos pois é presumido um gasto em benefício da sociedade. Não obstante, além dos gastos econômicos, toda vez que um condenado de crime não violento for sancionado em reclusão carcerária é sinônimo de jogar fora

<sup>66</sup> FRADE, Laura. *Quem mandamos para a prisão?* visões do parlamento brasileiro sobre a criminalidade. Brasília: Líber Livro, 2008. p.9.

<sup>67</sup> BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução do direito penal*: fundamentos para um sistema penal democrático. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003. p. 44-45.

<sup>68</sup> ANDRADE, Fábio Martins. *Mídia e poder judiciária*: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 184.

<sup>69</sup> BUDÓ, Marília de Nardin. Mídia e teoria da pena: crítica à teoria da prevenção geral positiva para além da dogmática penal. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, v. 21, n. 101, p. 389-428, mar./abr. 2013. p. 391.

toda essência e valores “investidos pela sociedade naquela pessoa”.<sup>70</sup> É a aplicação da prevenção geral positiva.

Porém, o resultado real é inverso, a eficácia é simbólica, a inflação legislativa é gerada pela falta de coerência, sistematização e proporcionalidade. Logo, o que realmente ocorrer é o surgimento de mais crimes<sup>71</sup>. Na palavra de Laura: “uma pena mais longa é apenas um curso de pós-graduação mais perfeito e mais longo em como cometer crimes”<sup>72</sup>. Em consequência, com o tempo, a sociedade acaba perdendo a credibilidade na legislação penal. O ordenamento jurídico se torna frágil<sup>73</sup>.

A ação da criminologia midiática em face da sociedade e da aplicação de medidas preventivas do Estado é um círculo vicioso que nunca tem fim (como mostra o quadro abaixo).

---

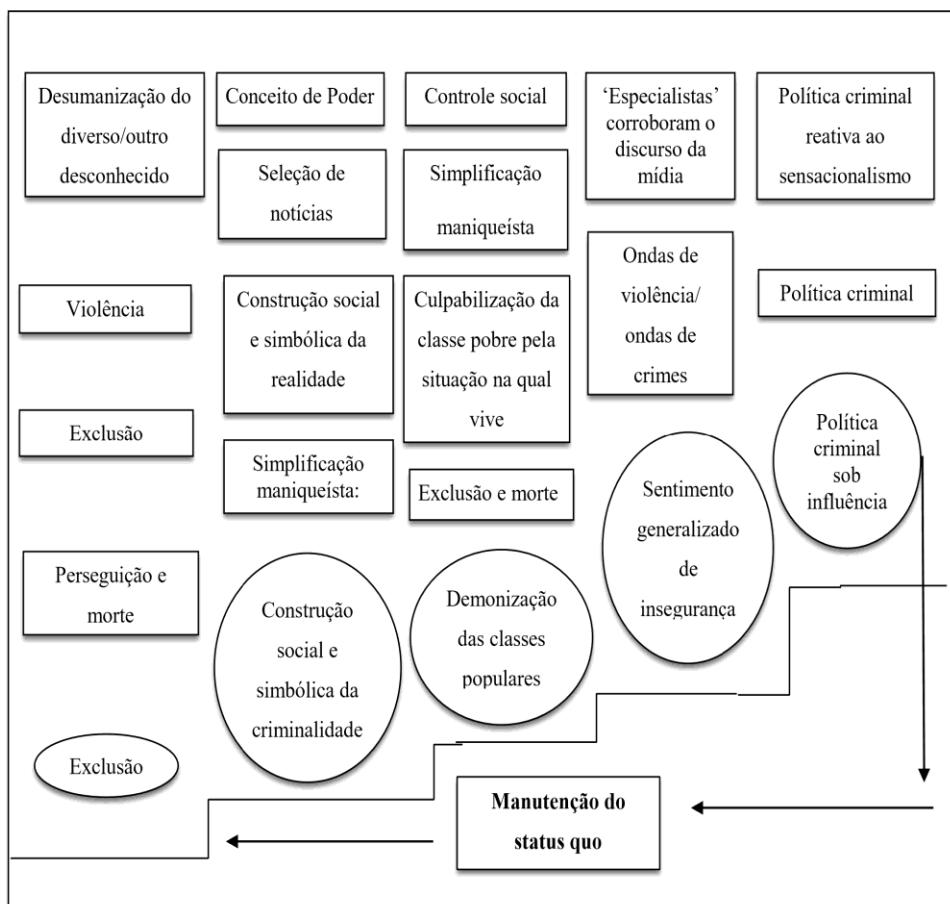
<sup>70</sup> FRADE, Laura. *Quem mandamos para a prisão?* visões do parlamento brasileiro sobre a criminalidade. Brasília: Líber Livro, 2008. p.9.

<sup>71</sup> ANDRADE, Fábio Martins. *Mídia e poder judiciária: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 184-203

<sup>72</sup> FRADE, Laura. *Quem mandamos para a prisão?* visões do parlamento brasileiro sobre a criminalidade. Brasília: Líber Livro, 2008. p.9.

<sup>73</sup> BUDÓ, Marília de Nardin. Mídia e teoria da pena: crítica à teoria da prevenção geral positiva para além da dogmática penal. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, v. 21, n. 101, p. 389-428, mar./abr. 2013. p. 417.

**Figura 1 – Violência na cidade**



Fonte: Adaptado de Andrade.<sup>74</sup>

No Brasil há diversos antecedentes desse ciclo: criminologia midiática vs pânico morais vs clamor social vs aplicação da política criminal por parte do Estado. A lei dos crimes hediondos, gerado entorno do caso da atriz global Daniela Pérez que foi brutalmente assassinada, é um dos mais famosos. O crime foi orquestrado pela mídia<sup>75</sup>, os holofotes mirados nos famosos atores de

<sup>74</sup> ANDRADE, Fábio Martins. *Mídia e poder judiciária: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 210

<sup>75</sup> BORGES, Nadine Monteiro. *O processo de racionalização do direito no ocidente: perspectiva sobre a ação racional e a alteração dos tipos penais*. 2007. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/campos/nadine\\_monteiro\\_borges.pdf](http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/campos/nadine_monteiro_borges.pdf)>. Acesso em: 11 jun. 2015.

telenovelas (colegas de trabalho de Daniela), fãs e principalmente na mãe, autora Glória Perez, acabam por tornar o cenário dramático perfeito.

A comoção social foi tamanha que o resultado se resumiu no discurso “Lei e Ordem” como demonstra o artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal:

[...] a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.<sup>76</sup>

O real motivo da existência dessa rotatividade, cujo o fundamento é o controle social, está voltado aos benefícios adquiridos pelos órgãos midiáticos (em razão de captação de lucro e audiência, como citado anteriormente) e aos políticos (que sempre associam o clamor social com o dos eleitores. Esta associação é uma das principais razões para os detentores do poder de exercício punitivo acatarem o desejo da população, ou seja, da mídia<sup>76</sup>). É o ego capitalista dos detentores de poder acima da sociedade e do próprio indivíduo.

## 6 CONCLUSÃO

Para a existência de uma sociedade em equilíbrio e harmônica, foi necessário a existência do famoso contrato social de Roussau, onde, conforme Locke, é necessário abrir mão da liberdade natural e de um direito ilimitado em troca da segurança proposta pelo Estado, isto é, da liberdade civil. Porém, como estudado neste artigo, o excesso de criminologia midiática e um Estado sem credibilidade e confiança social, gera uma sociedade desequilibrada e desarmônica. Nessa lógica podemos visualizar o perigo de uma possível quebra do contrato social

Os órgãos midiáticos buscam na atualidade uma globalização através de informações e acontecimentos do mundo todo. Em um único dia é natural que estes órgãos recebam milhares de notícias, entre elas de cunho importantes, engraçadas, tristes, violentas, emocionantes, heroicas, históricas e muitas

<sup>76</sup> ANDRADE, Fábio Martins. *Mídia e poder judiciário: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 205.



outras. Portanto, cabe a este mesmo órgão fazer uma seleção de reportagens e dizer qual deve ou não ser transmitida à seus receptores, isto é, à sociedade. Contudo, pelas mais diversas razões sempre nos deparamos no mínimo com uma matéria de violência e brutalidade (criminologia midiática).

Com a influência da criminologia midiática não é de se surpreender a existência de uma sociedade amedrontada e desconfiada, ainda mais em um Estado onde seus governantes se preocupam mais com suas reeleições do que com os problemas sociais. Porém, essa sintonia de caos inibi a aplicação de políticas públicas, e aumenta a aplicação de medidas de políticas criminais que, por consequência, enfraquecer o sistema jurídico penal, criando assim uma sociedade compostas por pessoas amedrontadas e um Estado sem credibilidade de governança.

Diante este efeito dominó, se torna difícil a aplicação soluções efetivas (políticas públicas), visto se tratar de uma cultura que durante séculos enxergou os órgãos midiáticos como instrumentos de credibilidade e veracidade. Por terem sido manipulados por séculos em uma crença ilusória, poucos são os que aceitam escutar posições contrarias aos seus valores e princípios. A conclusão que se chega através destas dificuldades, é de que os brasileiros estão vivendo, como desenvolvido por Platão, na teoria da caverna, pois vivem em um mundo de imagens manipulada pela mídia e o Estado, a realidade é vista por poucos.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Cristiane Lamin Souza. **Medo e descrença nas instituições de lei e ordem**: uma análise da imprensa escrita e das sondagens de opinião. 2005. 142 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down184.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

ANDRADE, Fábio Martins. **Mídia e poder judiciário**: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

BALANDIER, Georges. **O poder em cena**:. Minerva, [19?].

BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. Disponível em: <<http://www.bocc.uff.br/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BORGES, Nadine Monteiro. **O processo de racionalização do direito no ocidente: perspectiva sobre a ação racional e a alteração dos tipos penais**. 2007. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/nadine\\_monteiro\\_borges.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/nadine_monteiro_borges.pdf)>. Acesso em: 11 jun. 2015.

BRASIL. **Propostas de Emenda à Constituição nº 171, de 1993**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14493>>. Acesso em: 09 jun. 2015.

BRASIL. **Propostas de Emenda à Constituição nº 33, de 2012**. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=106330](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106330)>. Acesso em: 09 jun. 2015.

BUDÓ, Marília de Nardin. Mídia e teoria da pena: crítica à teoria da prevenção geral positiva para além da dogmática penal. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, v. 21, n. 101, p. 389-428, mar./abr. 2013.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução do direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

COSMO, D. Bianca, et al. Mídia, violência e justiça penal. **Cadernos de Iniciação Científica**, São Bernardo do Campo, n. 2, p. 59-67, jul. 2005.

COSTA, Alda Cristina. **O embate entre o visível e o invisível: a construção social da violência no jornalismo e na política**. 2010. 349 f. Tese (Doutorado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Pará, Pará, 2010. Disponível em: <<http://www.ppgcs.ufpa.br/arquivos/teses/teseTurma2005-AldaCosta.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

DIAS, F. Freitas; DIAS, F. Veiga; MENDONÇA, T. Cassenote. **Criminologia midiática e a seletividade do sistema penal**. 2013. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/3-7.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

FRADE, Laura. **Quem mandamos para a prisão?** visões do parlamento brasileiro sobre a criminalidade. Brasília: Líber Livro, 2008.

GLASSNER, Barry. **Cultura do medo**: por que tememos cada vez mais o que deveríamos temer cada vez menos: crime, drogas, minorias, mães adolescentes, crianças assassinadas, micróbios mutantes, acidentes de avião, fúria no trânsito e muito mais. São Paulo: Francis, 2003.

MAIOR IDADE PENAL. **Dados e argumentos**. Disponível em: <<http://www.maioridadepenal.org.br/dados.html#dados>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

PALADINO, Carolina de Freitas. **Medo do crime, mídia e controle penal**: efetivação do direito fundamental à presunção da inocência no processo penal do espetáculo. 2010. 110 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade Integradas do Brasil, Curitiba. Disponível em: <[http://www.unibrasil.com.br/sitemestrado/\\_pdf/carolina\\_de\\_freitas\\_paladino\\_dissertacao.pdf](http://www.unibrasil.com.br/sitemestrado/_pdf/carolina_de_freitas_paladino_dissertacao.pdf)>. Acesso em 07 jun. 2015.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituição do direito penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

# BITCOIN: A MOEDA VIRTUAL DISRUPTIVA

Lauana Batista Tavares<sup>1</sup>

## RESUMO

O artigo intenta demonstrar que a irrupção do protocolo *bitcoin*, uma moeda virtual e um sistema de pagamentos descentralizados, é um dos mais recentes eventos na evolução histórica da moeda, emula teorias austríacas, corresponde à ruptura de alguns paradigmas financeiros e representa um desafio para as autoridades regulatórias. À guisa de conclusão, afirma-se que a ainda insipiente reação institucional nacional às criptomoedas deve se desenvolver de forma a privilegiar a diminuição do uso ilegítimo da tecnologia, sem suprimir as suas vantagens comerciais.

**Palavras-chave:** *bitcoin*, dinheiro virtual, regulação

## ABSTRACT

The article attempts to demonstrate that the irruption of the bitcoin protocol, a virtual currency and a system of decentralized payments, is one of the most recent events in the historical evolution of money, emulates Austrian theories, corresponds to the rupture of some financial paradigms and is a challenge for regulatory authorities. In conclusion, it is stated that the still incipient national institutional response to cryptocurrency must develop in order to favor the reduction of unlawful use of the technology, without suppressing its commercial advantages.

## 1 INTRODUÇÃO

Em vários campos de atuação, assistimos a um movimento em duas frentes. De um lado, o Estado vem paulatinamente transferindo algumas funções que exercia aos particulares, reservando para si a função de regular os mercados. De outro, os cidadãos reivindicam participação e poder decisório, assumindo papéis que antes lhe eram estranhos – em alguns casos, à revelia do núcleo decisório governamental.

---

<sup>1</sup> Aluna da Pós-Graduação “Novas Tendências do Direito Público” no UniCeub.

Na década de 1970, o economista austríaco Friedrich August Hayek apregoou que o monopólio estatal sobre a emissão monetária cumprira louváveis funções, outrora, mas já não representava a melhor forma atingir, de maneira ótima, as funções da moeda. Ao revés, sob os influxos do poder político, o privilégio exclusivo conferido ao Estado conduzia a ocasionais recessões inflacionárias e ao desemprego. O economista entendeu que a livre concorrência entre múltiplas moedas simultâneas promoveria a sobressalência da moeda mais saudável.<sup>2</sup>

Décadas depois, o surgimento da criptomoeda chamada *bitcoin* chocou-se com o paradigma sob o qual a emissão de moeda e a fiscalização das operações financeiras são atividades monopolizadas por um agente central – o Estado. A sua popularização atrai a crescente atenção dos atores do mercado financeiro – inclusive dos órgãos governamentais de regulação –, da academia e da mídia. Eclodem questões acerca de sua legalidade, estabilidade, reconhecimento e regulamentação.

Neste artigo, traça-se um breve histórico da moeda e das formas de pagamento, com vistas a contextualizar a quebra de paradigma que o *bitcoin* representou. Intenta-se esboçar um conceito para o objeto desse artigo, bem como delinear as premissas sob as quais ele funciona. Buscando-se um escorço teórico para o fenômeno, percorre-se brevemente a obra de Friedrich August Hayek – “Desestatização do dinheiro: Uma análise da teoria e prática das moedas simultâneas”. Passa-se ao panorama regulatório da criptomoeda no Brasil. À guisa de conclusão, divisa-se o futuro das moedas virtuais, sob diferentes ângulos de visão.

## **2 CONCEITO DE DINHEIRO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA MOEDA E DAS FORMAS DE PAGAMENTO**

O dinheiro é correntemente conceituado como um meio de câmbio aceito em dada comunidade, consubstanciado numa representação abstrata de um

---

<sup>2</sup> HAYEK, Friedrich August. *Desestatização do dinheiro: uma análise da teoria e prática das moedas simultâneas*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises, 2011. p. 19-20.

valor, utilizado para operações comerciais. Identifica-se por três funções essenciais: meio de câmbio, unidade de conta e reserva de valor.

Cárdenas, Avellaneda e Bermúdez<sup>3</sup>, fornecem um breve relato sobre as diferentes formas de conceber o dinheiro. Demonstram que, ao longo da história, transcendendo o escambo, várias foram as matérias primas utilizadas para corporificar essa unidade de valor. Asseveram que, o emprego de moedas metálicas remonta ao século VII a.C, no Reino de Lídia, na Ásia menor – e desde então, o governo centralizava a função de cunhar a moeda, apondo-lhe uma marca oficial para assegurar-lhe o lastro. Afirmam que o papel moeda surgiu em 650 d.C., na China, enquanto que os bancos foram criados por volta de 1300 d.C, na Itália. As letras de câmbio emergiram no século XV, tornando menos arriscada a transferência de dinheiro a locais distantes.

Ao atravessar os séculos XIX e XX, os autores percorrem acerca da ascensão e queda do padrão ouro – que assegurava a convertibilidade do papel-moeda pelo equivalente daquele metal. Passam à criação dos cartões de pagamento – cartões de crédito, de débito e pré-pagos, munidos de tarjetas magnéticas e, posteriormente, de microchips, que viabilizaram transações mais eficientes. Atingem a era das transações interbancárias e internacionais e, finalmente, os sistemas de pagamento eletrônico.

Neste ponto da obra, é possível constatar que, desde o surgimento da moeda metálica, as formas de transferência do dinheiro evoluíram significativamente. Todavia, até aqui, manteve-se intacta a premissa generalizada de que a fonte emissora de moeda é o Estado.

Cárdenas, Avellaneda e Bermúdez atentam para o recente surgimento de moedas virtuais válidas em dadas comunidades – unidades de valor emitidas e controladas por seus criadores, que comumente carecem de regulação governamental. Fazem referência aos sistemas de pontos de fidelidade, pontos

<sup>3</sup> CÁRDENAS, Zully Julieth; AVELLANEDA, Miguel Vela; BERMÚDEZ, Giovanni Mauricio Tarazona. Bitcoin como alternativa transversal de intercambio monetário em la economía digital. *Redes de Ingeniería*, v. 6, n. 01, p. 106-128, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://revistas.udistrital.edu.co/ojs/index.php/REDES/article/view/8617>>. Acesso em: 02 jul. 2016. p. 108-111.

de cartão de crédito, milhas aéreas, cupons, jogos baseados em moedas virtuais. Vislumbram uma tendência em evolução e predizem que a aceitação de tais unidades de valor frente às moedas tradicionais propende a aumentar. Ainda que não sejam emitidas por uma autoridade estatal, as moedas virtuais citadas são transferidas mediante transações supervisionadas por uma entidade central.

Como adiante se demonstrará, a *bitcoin* é o passo seguinte nesta trajetória evolutiva do dinheiro e dos arranjos de pagamento, distinguindo-se de tudo o que lhe antecedeu.

### 3 CONCEITO DE *BITCOIN*

Passa-se à complexa tarefa de conceituar o objeto deste artigo. Em formulação mais elementar, *bitcoin* é “uma forma de dinheiro, assim como o real, o dólar ou o euro, com a diferença de ser puramente digital e não ser emitido por nenhum governo.”<sup>4</sup>

*Bitcoin* designa tanto um sistema de pagamentos, emissões e transferências de valores monetários quanto a moeda que este sistema adota. Foi concebido a partir de algoritmos elaborados por um programador não identificado, sob o pseudônimo de Satoshi Nakamoto. A criação do *bitcoin* foi anunciada por meio de um documento digital divulgado por Nakamoto em novembro de 2008 – “*Bitcoin: A Peer-To-Peer Eletronic Cash System*”<sup>5</sup>.

Enquanto unidade de conta, *bitcoin* é uma criptomoeda, um ativo virtual empregado em transações financeiras *on line*. Delineando o sistema *Bitcoin*, os algoritmos de Nakamoto regem a emissão da criptomoeda no mercado cibernético, as transferências de propriedade das unidades monetárias e a validação de todas as transações monetárias.

---

<sup>4</sup> ULRICH, Fernando. *Bitcoin: a moeda na era digital*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014. p. 15.

<sup>5</sup> NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-To-Peer Eletronic Cash System*. Disponível em: <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

Até o surgimento do *bitcoin*, a atuação de um intermediário era necessária para evitar o chamado “gasto duplo”, problema inerente às operações cibernéticas. Quando uma unidade de dinheiro é um arquivo eletrônico existente em um computador, o emissor pode encaminhá-lo a outro computador, para realizar um pagamento, mas uma cópia do arquivo permanece no primeiro aparelho<sup>6</sup>. Sem o controle realizado por um terceiro abalizado – tal como o *Paypal* ou operadoras de cartão de crédito –, certificando que o emissor tem uma unidade monetária a menos e o receptor tem uma unidade monetária a mais, cada arquivo poderia ser replicado indefinidamente e utilizado pela mesma pessoa mais de uma vez.<sup>7</sup>

A realização de operações com *bitcoins* pressupõe a instalação de uma carteira digital no computador ou smartphone do usuário. A transferência de uma unidade monetária de uma carteira digital para outra não é certificada por uma autoridade central – quer governamental, quer privada. O controle das cadeias de transações é realizado de forma comunitária, pelos usuários, por intermédio da capacidade de processamento de dados de seus computadores. Cada transação é difundida na rede, formando uma espécie de livro de contabilidade pública, o *blockchain*. Mediante uma função criptográfica, os computadores dos usuários realizam o *hash* – processam as informações de um bloco de transações, convertem-nas em uma sequência alfanumérica, e geram uma assinatura e um carimbo de tempo que impedem a sua alteração.<sup>8</sup>

É neste sistema de controle comunitário que se funda a fiabilidade da criptomoeda. As transferências de *bitcoins* são públicas, e todas as cadeias de transações, desde o nascedouro de cada unidade monetária, são acessíveis a todos os usuários.

<sup>6</sup> VAROUFAKIS, Ianis. *Bitcoin and the dangerous fantasy of ‘apolitical’ Money*. 2013. Disponível em: <<https://yanisvaroufakis.eu/2013/04/22/bitcoin-and-the-dangerous-fantasy-of-apolitical-money>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

<sup>7</sup> ULRICH, Fernando. *Bitcoin: a moeda na era digital*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014. p. 17.

<sup>8</sup> CÁRDENAS, Zully Julieth; AVELLANEDA, Miguel Vela; BERMÚDEZ, Giovanni Mauricio Tarazona. Bitcoin como alternativa transversal de intercambio monetário em la economía digital. *Redes de Ingeniería*, v. 6, n. 01, p. 106-128, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://revistas.udistrital.edu.co/ojs/index.php/REDES/article/view/8617>>. Acesso em: 02 jul. 2016.



Ao fornecer seu poder computacional de validação e controle das operações, o usuário é premiado com novos *bitcoins* – e é assim que outras unidades monetárias surgem, sob o protocolo criado por Nakamoto. Não por acaso, essa atividade é denominada mineração, e os usuários que disponibilizam a capacidade de processamento de suas máquinas para o controle das transações são chamados de mineradores.<sup>9</sup> Consta-se, assim, que os próprios usuários são responsáveis pela emissão da moeda.

A criação ou mineração de um *bitcoin* ficou mais difícil, com o passar do tempo, pois exige maior poder computacional. A busca dos mineradores por uma capacidade de processamento mais significativa deu origem a tecnologias de processamento especialmente voltadas para realizar a operação de *hash*.<sup>10</sup>

O protocolo do *bitcoin* assegura que uma quantidade limitada de criptomoeda será gerada. O bloco primordial, lançado em 2009, tinha capacidade para originar 50 *bitcoins*. Nos primeiros cinco anos de operação do sistema foram gerados 10,5 milhões. O máximo de unidades circulantes será de 21 milhões de *bitcoins* – limite que será atingido no ano de 2020, segundo se estima.<sup>11</sup>

Quanto ao propalado anonimato dos agentes nas operações com *bitcoin*, há que se fazer algumas ponderações. O comprador e o vendedor não fornecem nem recebem informações pessoais um do outro. Todavia, o registro de cada operação e a identidade criptografada dos usuários é público. Pesquisas

<sup>9</sup> ULRICH, Fernando. *Bitcoin: a moeda na era digital*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014. p. 20.

<sup>10</sup> CÁRDENAS, Zully Julieth; AVELLANEDA, Miguel Vela; BERMÚDEZ, Giovanni Mauricio Tarazona. Bitcoin como alternativa transversal de intercambio monetário em la economía digital. *Redes de Ingeniería*, v. 6, n. 01, p. 106-128, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://revistas.udistrital.edu.co/ojs/index.php/REDES/article/view/8617>>. Acesso em: 02 jul. 2016. p. 116.

<sup>11</sup> CÁRDENAS, Zully Julieth; AVELLANEDA, Miguel Vela; BERMÚDEZ, Giovanni Mauricio Tarazona. Bitcoin como alternativa transversal de intercambio monetário em la economía digital. *Redes de Ingeniería*, v. 6, n. 01, p. 106-128, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://revistas.udistrital.edu.co/ojs/index.php/REDES/article/view/8617>>. Acesso em: 02 jul. 2016. p. 120.

concluíram pela possibilidade de rastreamento de operações com largas quantias monetárias, de forma a obter informações de usuários.<sup>12</sup>

Depois de expostas as linhas gerais de funcionamento do protocolo *Bitcoin*, é simples assimilar os termos que integram o conceito fornecido por Cárdenas, Avellaneda e Bermúdez, reproduzido a seguir:

O Bitcoin é definido como uma fonte aberta de dinheiro eletrônico e pagamentos na rede, que atua como moeda alternativa, moeda digital ou criptomoeda virtual. Esta moeda usa algoritmos criptográficos para garantir as transações e é certificada por uma rede de usuários, em lugar de um banco central ou sistema de reserva fracionária que controle sua administração, diferentemente do dólar, euro, iene ou qualquer outra moeda física tradicional. Também permite executar transações totalmente públicas, por meio de um sistema *peer to peer* de pagamentos, e consultar qualquer movimento realizado desde que começou até a atualidade.<sup>13</sup>

#### 4 VANTAGENS E DESVANTAGENS DO *BITCOIN*

Dentre as vantagens do emprego do *bitcoin*, está a redução dos custos operacionais, em razão da desnecessidade de intermediação das operações. Estudiosos também vislumbram que o protocolo pode representar amplo acesso a serviços financeiros, promovendo a inclusão, e estímulo à inovação tecnológica financeira. Demais disso, o protocolo criado por Nakamoto teria a vantagem de desestimular a inflação.

O *bitcoin* pode se revelar muito conveniente, quando confrontado com métodos de operacionalizar transações digitais até então conhecidos. Transferências de qualquer quantitativo de *bitcoins* podem ser realizadas instantaneamente, a qualquer hora do dia, a baixíssimos custos operacionais e sem intermediários. Além disso, enquanto operações com cartões de crédito

<sup>12</sup> MURPHY, Edward V.; MURPHY, M. Maureen; SEITZINGER, Michael V. Bitcoin: Questions, Answers, and Analysis of Legal Issues. *CSR Report*. 2015. Disponível em: <<https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R43339.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2016. p. 3

<sup>13</sup> CÁRDENAS, Zully Julieth; AVELLANEDA, Miguel Vela; BERMÚDEZ, Giovanni Mauricio Tarazona. Bitcoin como alternativa transversal de intercambio monetário em la economía digital. *Redes de Ingeniería*, v. 6, n. 01, p. 106-128, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://revistas.udistrital.edu.co/ojs/index.php/REDES/article/view/8617>>. Acesso em: 02 jul. 2016. p. 112

podem ser estornadas de forma fraudulenta, as transações com *bitcoins* são irreversíveis, oferecendo mais segurança aos comerciantes. As economias com os custos operacionais podem ter reflexo no preço dos produtos, reduzindo-os.<sup>14</sup>

A oferta limitada de *bitcoins*, em tese, tem o potencial de blindar o sistema contra processos inflacionários. Com efeito, sob a lei da oferta e da procura, a desenfreada injeção de moeda num particular mercado ocasiona a sua desvalorização. Para um dado quantitativo de bens e serviços oferecidos no mercado, uma quantidade elevada de unidades monetárias em circulação acarreta a alta generalizada dos preços.

As desvantagens da moeda relacionam-se com a sua volatilidade, com alguns desafios de segurança e com a utilização do protocolo com vistas a atingir fins ilícitos.

A notável instabilidade do *bitcoin* pode conduzir usuários especuladores tanto à fortuna como à ruína. Uma unidade já correspondeu a USD\$ 20,00, em janeiro de 2013, enquanto em dezembro do mesmo ano foi cotada a USD\$ 1.242,00.<sup>15</sup> A exclusiva utilização do *bitcoin* como reserva de valor, com fins meramente especulativos, pode ameaçar o futuro da moeda.<sup>16</sup>

Os usuários da rede *Bitcoin* defrontam-se com específicas questões de segurança. Os arquivos das unidades monetárias podem ser acidentalmente apagados, ou ainda furtados – e já ocorreram episódios de subtrações massivas. Não se pode descuidar dos cuidados com a proteção dos arquivos, com vistas a minorar os riscos de segurança.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> ULRICH, Fernando. *Bitcoin: a moeda na era digital*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014. p. 24.

<sup>15</sup> CÁRDENAS, Zully Julieth; AVELLANEDA, Miguel Vela; BERMÚDEZ, Giovanni Mauricio Tarazona. Bitcoin como alternativa transversal de intercambio monetário em la economía digital. *Redes de Ingeniería*, v. 6, n. 01, p. 106-128, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://revistas.udistrital.edu.co/ojs/index.php/REDES/article/view/8617>>. Acesso em: 02 jul. 2016. p. 117.

<sup>16</sup> ULRICH, Fernando. *Bitcoin: a moeda na era digital*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014. p. 29

<sup>17</sup> ULRICH, Fernando. *Bitcoin: a moeda na era digital*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014. p. 32

A dificuldade de vincular as operações com seus atores na rede *Bitcoin* pode viabilizar sua utilização para fins perniciosos – lavagem de dinheiro, tráfico de entorpecentes e substâncias proibidas. De fato, os noticiários internacionais têm relatado com frequência crescente a prisão de usuários em decorrência da prática de crimes mediante operações com *bitcoins*.

## 5 BITCOIN E O PARADIGMA DO MONOPÓLIO ESTATAL DA PRODUÇÃO DA MOEDA

É razoavelmente assimilado o paradigma sob o qual, na arena financeira global, cada Estado soberano emite uma unidade monetária própria e detém o controle exclusivo sobre a política monetária adotada em seu território, bem como sobre a emissão de moeda. Trata-se de um “credo universal – e tacitamente aceito – de que o governo de uma nação deve provê-la de uma moeda que seja única, característica e exclusiva”.<sup>18</sup>

Nefastos quadros inflacionários conduziram ao questionamento sobre a efetiva aptidão estatal para assegurar a solidez de suas moedas. A política monetária empregada em cada país submete-se a vários influxos políticos, e o somatório desses vetores não necessariamente desemboca na escolha mais adequada. A discricionariedade estatal sobre a quantidade de moeda introduzida nos mercados pode ser a causa de graves oscilações. A elasticidade da oferta corrompe o sistema.

Friedrich August Hayek teorizou que a emissão da moeda não deveria ser objeto de monopólio estatal. Vislumbrou que ampla concorrência entre vários emissores privados de moeda conduziria à produção de mercados monetários mais sadios. Seria interesse particular dos próprios emissores privados a manutenção da estabilidade de suas moedas.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> HAYEK, Friedrich August. *Desestatização do dinheiro*: uma análise da teoria e prática das moedas simultâneas. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises, 2011. p. 19.

<sup>19</sup> HAYEK, Friedrich August. *Desestatização do dinheiro*: uma análise da teoria e prática das moedas simultâneas. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises, 2011.

Peter Surda vislumbrou que se o *bitcoin* fosse compreendido como dinheiro, estaria próximo da oferta inelástica, conformando-se ao dinheiro ideal, tal como teorizado pela Escola Austríaca.<sup>20</sup>

## 6 PANORAMA REGULATÓRIO DO BITCOIN NO BRASIL

O *bitcoin* não corresponde quer aos modelos tradicionais de moeda, quer aos arranjos de pagamento já regulados pelas autoridades. Jeremy Papp concluiu que a criptomoeda não deveria ser avaliada sob as regras de uma categoria regulatória preexistente, pois se consubstancia em tecnologia nova e disruptiva.<sup>21</sup>

Em razão de suas possíveis implicações legais e financeiras, os países começam a esboçar um marco regulatório para o *bitcoin*. Alguns entes já forneceram pronunciamentos oficiais – conformando um espectro que abrange posições neutras, juízos mais cautelosos e até mesmo proibições de circulação da criptomoeda.

No Brasil, o conjunto de instituições e órgãos incumbidos do controle, da fiscalização e da regulamentação da circulação de moeda e da concessão de crédito é o Sistema Financeiro Nacional, disciplinado no artigo 192 da Constituição Federal.<sup>22</sup>

As autoridades regulatórias não estão alheias às novas tecnologias e formas de troca inerentes à economia digital, mas o Poder Legislativo deliberou sobre moedas eletrônicas há pouco tempo, na Lei nº 12.685/2013. Dentre várias outras providências, o diploma dispõe sobre os arranjos de pagamento e as instituições de pagamento integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro.

<sup>20</sup> SURDA, Peter. *Economics of Bitcoin: is Bitcoin an alternative to Fiat Currencies and Gold?* 2012. Disponível em: <<http://dev.economicsofbitcoin.com/mastersthesis/mastersthesis-surda-2012-11-19b.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

<sup>21</sup> PAPP, Jeremy. A Medium of exchange for an internet age: how to regulate bitcoin for the growth of e-commerce. *Journal of Technology Law & Policy*. 2014. Disponível em: <[tlp.law.pitt.edu/ojs/index.php/tlp/article/download/155/167](http://tlp.law.pitt.edu/ojs/index.php/tlp/article/download/155/167)>. Acesso em: 02 jul. 2016. p. 26.

<sup>22</sup> CRESPO, Marcelo. *Ainda sobre as criptomoedas: considerações em face do Sistema Financeiro Nacional*. Disponível em: <<http://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/noticias/218855850/a-inda-sobre-as-criptomoedas-consideracoes-em-face-do-sistema-financeiro-nacional>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

Conceitua moeda eletrônica como “recursos armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento” (art. 6º, IV).

A norma prevê que os arranjos e as instituições de pagamento regem-se, dentre outros princípios, pela solidez, pela eficiência, pela promoção da competição e pela previsão de transferência de saldos em moeda eletrônica, quando couber, para outros arranjos de pagamento – tudo em conformidade com parâmetros a serem estabelecidos pelo Banco Central e sob as diretrizes do Conselho Monetário Nacional. Constata-se que o diploma em tela não diz respeito, propriamente, às criptomoedas e, em especial, ao *bitcoin*, mesmo em sua faceta de sistema de pagamentos.

No ano de 2014, o Banco Central do Brasil expediu o comunicado nº 25.306, distinguindo a moeda eletrônica regulada pela Lei nº 12.685/2013 das moedas virtuais ou criptografadas emergentes. Afirmou que as moedas virtuais não são emitidas ou garantidas por autoridade monetária e nenhum mecanismo governamental garante o seu valor em moeda oficial. Ressaltou que tais instrumentos virtuais podem ser utilizados para a prática de crimes e que os usuários dessas unidades monetárias estão sujeitos a ataques cibernéticos e perdas patrimoniais. Concluiu que o emprego das chamadas moedas virtuais ainda não se mostrou capaz de oferecer riscos ao Sistema Financeiro Nacional, particularmente às transações de varejo, mas que a instituição estava estudando a evolução do tema, de modo a aplicar as medidas legais cabíveis, se necessário.

Está em tramitação o Projeto de Lei nº 2303/2015, que dispõe sobre a inclusão de moedas virtuais e programas de milhagens aéreas na definição de arranjos de pagamento sob supervisão do Banco Central. O texto não fornece nenhuma diretriz mais palpável, quanto à regulação da criptomoeda.

Divisa-se que, a despeito do vácuo normativo atual, é possível vislumbrar que o impacto potencial do crescente emprego do *bitcoin* e das criptomoedas atrairá mais atenção das autoridades regulatórias brasileiras.

## 7 À GUIA DE CONCLUSÃO: O FUTURO DO BITCOIN

O surgimento e disseminação do *bitcoin* como meio de troca, unidade de conta e reserva de valor rompeu com as assentes concepções de que a emissão da moeda é monopólio de um órgão governamental e de que as transações financeiras devem ser legitimadas de forma centralizada por um terceiro. O fenômeno emulou teses financeiras surgidas na década de 70, na Áustria – em especial a teoria das moedas simultâneas formuladas por Fiedrich August Hayec – e sua evolução é acompanhada por inúmeras instituições. Peter Surda conjecturou que o *bitcoin* é um arranjo monetário que guarda similaridade com as teorias desenvolvidas pelos economistas da Escola Austríaca.

Alguns teóricos vislumbram que a criptomoeda guarda um potencial disruptivo apenas comparável ao surgimento da internet. Ao despir o Estado da prerrogativa exclusiva de emitir unidades monetárias reconhecidas – e em algumas oportunidades sob os influxos de políticas econômicas duvidosas –, as criptomoedas transferem poder aos cidadãos.

Por outro lado, a volatilidade do *bitcoin* dá lastro à tese de que o sistema guarda consideráveis riscos intrínsecos. Ianis Varoufakis já defendeu a impraticabilidade da concepção de um dinheiro completamente apolítico. Afirmou que, ao tentar reproduzir o padrão ouro, o *bitcoin* pode ser objeto dos mesmos problemas que conduziram a economia à crise de 1929 – a demanda dos setores produtivos por suprimento financeiro, a criação de papéis especulativos e o surgimento de bolhas. Numa economia moderna, que envolve não apenas troca, mas também produção e investimento, não prospera a possibilidade de um dinheiro apolítico.<sup>23</sup>

Adotando posição moderada, Cárdenas, Avallaneda e Bermúdez concluíram que o *bitcoin* ainda é considerado uma moeda experimental. Ainda carece de reconhecimento global – por parte dos governos e instituições

---

<sup>23</sup> VAROUFAKIS, Ianis. *Bitcoin and the dangerous fantasy of 'apolitical' Money*. 2013. Disponível em: <<https://yanisvaroufakis.eu/2013/04/22/bitcoin-and-the-dangerous-fantasy-of-apolitical-money>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

financeiras em nível mundial –, mas pode vir a representar uma alternativa aos dispendiosos arranjos monetários tradicionais.<sup>24</sup>

Em que pese ainda seja considerado uma moeda de nicho, a assimilação do *bitcoin* pelos atores dos mercados financeiros mundiais é crescente. O Banco Central do Brasil já se manifestou no sentido de que a criptomoeda não representa um risco ao Sistema Financeiro Nacional, mas as instituições não poderão se furtar à regulação dos aspectos que ladeiam o emprego das moedas virtuais – sempre com vistas à proteção dos usuários e ao fomento do desenvolvimento nacional.

Com acurácia, Jeremy Papp conclui que os riscos criminais e financeiros associados com o *bitcoin* não derivam da rede de trocas *peer-to-peer*; tampouco da criação de valor por intermédio da mineração, de forma que eventual regulação não deve ter por objeto o sistema, considerado em si mesmo. É mandatório diminuir o uso ilegítimo da tecnologia, mas sem suplantando os seus benefícios tecnológicos e comerciais.<sup>25</sup>

## REFERÊNCIAS

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Comunicado nº 25.306, de 19 de fevereiro de 2014**. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/normativo/detalharNormativo.do?method=detalharNormativo&N=114009277>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2303/2015**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1358969&filename=PL+2303/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1358969&filename=PL+2303/2015)>. Acesso em: 02 jul. 2016.

CÁRDENAS, Zully Julieth; AVELLANEDA, Miguel Vela; BERMÚDEZ, Giovanni Mauricio Tarazona. Bitcoin como alternativa transversal de intercambio monetário em la economia digital. **Redes de Ingeniería**, v. 6, n. 01, p. 106-128,

<sup>24</sup> CÁRDENAS, Zully Julieth; AVELLANEDA, Miguel Vela; BERMÚDEZ, Giovanni Mauricio Tarazona. Bitcoin como alternativa transversal de intercambio monetário em la economia digital. *Redes de Ingeniería*, v. 6, n. 01, p. 106-128, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://revistas.udistrital.edu.co/ojs/index.php/REDES/article/view/8617>>. Acesso em: 02 jul. 2016. p. 121.

<sup>25</sup> PAPP, Jeremy. A Medium of exchange for an internet age: how to regulate bitcoin for the growth of e-commerce. *Journal of Technology Law & Policy*. 2014. Disponível em: <<http://law.pitt.edu/ojs/index.php/tlp/article/download/155/167>>. Acesso em: 02 jul. 2016. p. 56



jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://revistas.udistrital.edu.co/ojs/index.php/REDES/article/view/8617>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

CRESPO, Marcelo. **Ainda sobre as criptomoedas: considerações em face do Sistema Financeiro Nacional**. Disponível em: <<http://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/noticias/218855850/ainda-sobre-as-criptomoedas-consideracoes-em-face-do-sistema-financeiro-nacional>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

HAYEK, Friedrich August. **Desestatização do dinheiro**: uma análise da teoria e prática das moedas simultâneas. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises. Brasil, 2011.

MURPHY, Edward V.; MURPHY, M. Maureen; SEITZINGER, Michael V. Bitcoin: Questions, Answers, and Analysis of Legal Issues. **CSR Report**. 2015. Disponível em: <<https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R43339.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

NAKAMOTO, Satoshi. **Bitcoin**: A Peer-To-Peer Eletronic Cash System. Disponível em: <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

PAPP, Jeremy. A Medium of exchange for an internet age: how to regulate bitcoin for the growth of e-commerce. **Journal of Technology Law & Policy**. 2014. Disponível em: <[tlp.law.pitt.edu/ojs/index.php/tlp/article/download/155/167](http://tlp.law.pitt.edu/ojs/index.php/tlp/article/download/155/167)>. Acesso em: 02 jul. 2016.

SURDA, Peter. **Economics of Bitcoin**: is Bitcoin an alternative to Fiat Currencies and Gold? 2012. Disponível em: <<http://dev.economicsofbitcoin.com/mastersthesis/mastersthesis-surda-2012-11-19b.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

ULRICH, Fernando. **Bitcoin**: a moeda na era digital. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014.

VAROUFAKIS, Ianis. **Bitcoin and the dangerous fantasy of 'apolitical' Money**. 2013. Disponível em: <<https://yanisvaroufakis.eu/2013/04/22/bitcoin-and-the-dangerous-fantasy-of-apolitical-money>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

# O PAPEL DO ESTADO NA PROMOÇÃO DA IGUALDADE E DA LIBERDADE POR MEIO DE POLÍTICA DE EDUCAÇÃO PROFISSIONAL E TECNOLÓGICA: O CASO DO PRONATEC

Leila de Moraes<sup>1</sup>

Felipe Sitônio<sup>2</sup>

## RESUMO

Este trabalho apresenta uma análise das políticas públicas de educação profissional e tecnológica como instrumento do Estado para a promoção da igualdade e da liberdade na sociedade, considerando o papel fundamental da educação como meio de emancipação do indivíduo, provendo-lhe oportunidade e desenvolvendo capacidades que lhe possibilitem participar ativamente da vida social e política e da dinâmica econômica.

**Palavras-chave:** Igualdade. Liberdade. Políticas Públicas. Educação Profissional e Tecnológica.

## ABSTRACT

This paper presents an analysis of the public policies of professional and technological education as an instrument of the State for the promotion of equality and freedom in society, considering the fundamental role of education as a means of emancipating the individuals, providing opportunity to them and developing the capacities that enable them to participate actively in social and political life and in the economic dynamics.

**Keywords:** Equality. Freedom. Public policy. Professional and Technological Education.

## 1 INTRODUÇÃO

As grandes transformações por que passa a sociedade contemporânea tem desafiado o Estado não somente a ampliar sua capacidade de atender a demandas sociais cada vez mais complexas, mas, sobretudo, a alargar seu repertório conceitual e a aperfeiçoar suas práticas.

---

<sup>1</sup> Aluna de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. Mestre em Desenvolvimento Sustentável pela UnB, servidora pública federal da carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (Esplanada dos Ministérios, bloco K), e-mail leilademorais@gmail.com.

<sup>2</sup> Aluno de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. Advogado.

A extensa carta de direitos e garantias (CF/1988), que ressignificou o conceito de cidadania, e, ao mesmo tempo insculpiu a proteção do indivíduo em diferentes áreas (saúde, educação, previdência, direitos humanos, etc.), tensiona, à exaustão, a capacidade estatal de responder com a prestação positiva às demandas e aos anseios de uma sociedade plural e complexa.

Para fazer frente a tais desafios, o Estado orienta suas ações a partir da perspectiva de fazer justiça. Mas, o que pode parecer justo para uns, em um determinado momento histórico, pode não o parecer para outros. Na dinâmica da busca pela escolha certa e/ou justa, dois princípios basilares do Estado Democrático de Direito parecem entrar em conflito: igualdade e liberdade.

Sempre que esses princípios se chocam, revivem-se os dilemas sobre qual a medida certa da liberdade individual *vis-a-vis* a igualdade social e vice-versa? A igualdade destrói a liberdade? Como o Estado pode promover igualdade social ao mesmo em garante as liberdades individuais?

Ora, num Estado Democrático de Direito um princípio não existe sem o outro ao contrário eles se complementam mutuamente. Isso porque não há como se falar em democracia, direito e justiça, sem se considerar o abismo existente nas dinâmicas social e econômica, sobretudo quando se tratam de países de desenvolvimento tardio, como é o caso do Brasil.

Nesse contexto, Barroso (2014) nos alerta que, uma das características marcantes do Estado Brasileiro é o inegalitarismo e completa:

Pois bem: somos herdeiros de uma sociedade escravocrata – fomos o último país do mundo a abolir a escravidão –, acostumada a distinguir entre senhores e servos, brancos e negros, ricos e pobres. Fomos criados em uma cultura em que a origem social está acima do mérito ou da virtude, e na qual existem superiores e inferiores. Tome-se o exemplo significativo do direito penal: é muito mais fácil punir um jovem que tenha consigo 100 gramas de maconha do que o empresário ou servidor público que fraudou uma licitação em 1 milhão de reais. Na ponta mais visível da desigualdade, temos uma justiça que é mansa com os ricos e dura com os pobres.

Então, o Estado deve buscar romper as barreiras que impeçam a realização do equilíbrio entre igualdade e liberdade. Uma das barreiras mais presentes é a questão relativa à alocação e à distribuição de bens e serviços públicos. Para ultrapassar essa barreira, o Estado deve-se valer de instrumentos estruturados, planejados que tenham a abrangência necessária para permitir acesso a todos e, ao mesmo, tenham escopo muito bem definido para chegar a quem mais necessita. Um dos instrumentos que poder concretizar essa ação estatal é a chamada política pública, por meio da qual o Estado pode direcionar esforços, recursos, meios, relacionamentos, procedimentos para equacionar determinada demanda pré-existente ou que possa vir a surgir e, qualquer área de sua atuação, notadamente, naqueles que exigem sua prestação positiva.

Diante disso, este trabalho se propõe a analisar como o Estado pode promover igualdade e liberdade por meio de políticas públicas de educação profissional e tecnológica. Inicialmente, faz uma breve reflexão sobre a concepção e o papel do estado Democrático de Direito. Em seguida, discorre-se sobre igualdade e liberdade e como alguns teóricos têm desenvolvido a noção de justiça. Após, faz-se um paralelo entre direito e políticas públicas, buscando demonstrar o meio pelo qual se pode buscar a efetivação dos direitos.

Finalmente, introduz as políticas públicas de educação profissional e tecnológica como estratégias para o desenvolvimento econômico e social e apresenta a experiência do PRONATEC e os resultados alcançados entre 2011 e 2014, demonstrando como uma política dessa natureza pode contribuir para diminuir as distorções decorrentes de injustiças socioeconômicas e como podem ser instrumento de promoção de igualdade e liberdade.

## **2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA**

A primeira ideia de Estado de Direito surge a partir da noção de que é aquele que se subordina ao Direito, que se subordina a normas que regulam sua ação. Mas o conceito não se resume a isso, deve incluir a ideia de supremacia da

Constituição, separação de Poderes, superioridade da lei e garantia dos direitos individuais.

Diante disso, Carlos Ary Sundfeld nos traz um conceito que articula esses elementos centrais desse modelo de Estado. Segundo ele, o Estado de Direito é

[...] criado e regulado por uma Constituição (isto é, norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, dando titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado (SUNDFELD, 2009, 39).

Sobre o Estado Democrático, pode-se dizer que é “aquele onde o povo, sendo destinatário do poder político, participa de modo regular e baseado em sua livre convicção, do exercício desse poder” (SUNDFELD, 2009, p. 49).

Enquanto o Estado de Direito assegura e determina os limites de sua atuação e as esferas de liberdades de seus cidadãos, na forma da lei, o Estado Democrático agrega, a esse escopo, a garantia de participação ativa do povo no exercício livre do Poder.

Silva (2000) corrobora esse entendimento, enfatizando que o Estado Democrático estabelece-se no princípio da soberania popular que impõe a participação efetiva do povo na coisa pública. Como povo, há de se estender a comunidade política do Estado, composta por pessoas livres, dotadas de direitos subjetivos umas em face de outras e perante o próprio Estado. Faz parte do povo tanto os governados quanto os governantes, pois estes últimos são provenientes do povo, sejam quais forem suas condições sociais, todos obedientes às mesmas normas jurídicas, sobretudo, à Constituição, que é o estatuto maior do poder político (MIRANDA, 1998; DIAS, 2004).

A democracia, como realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa) de convivência humana, é conceito mais abrangente do que o de Estado de Direito, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal. Por isso, a expressão Estado Democrático de Direito é ampla o bastante para conciliar tanto os ideais democráticos quanto as garantias de direito. Tal

expressão não consiste apenas na reunião formal dos elementos dos dois tipos de Estado, antes, revela um conceito novo que incorpora os princípios daqueles dois conceitos.

Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito “é a soma e o entrelaçamento de: constitucionalismo, república, participação popular direta, separação de Poderes, legalidade e direitos (individuais e políticos)” (SUNDFIELD, 2009, p. 54).

Na atualidade, o Estado democrático caracteriza-se por associar a supremacia da vontade popular à garantia da liberdade e à igualdade de direitos. A evolução dos Estados para a noção de Estado Democrático de Direito tem o objetivo de promover e assegurar a mais ampla proteção dos direitos fundamentais e, ao longo do tempo - sobretudo a partir da crise econômica do pós-guerra, que levou o Estado a assumir o papel ativo como agente econômico e como intermediador na disputa entre poder econômico e miséria (SUNDFELD, 2009) - agregou a noção de Estado Social.

Assim, Estado Democrático de Direito supera a questão formal dos dois conceitos (Democrático e Direito) na medida em que agrega um componente revolucionário de transformação do *status quo* (SILVA, 2000), incorporando conteúdo do Estado Social “positivamente atuante para ensejar o desenvolvimento (não mero crescimento, mas a elevação do nível cultural e a mudança social) e a realização de justiça social (é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico)” (SUNDFIELD, 2009, 55).

Assim, o Estado passa a reconhecer os direitos fundamentais como basilares para a construção de uma sociedade democraticamente justa. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

Com a positivação dos direitos fundamentais, sociais, econômicos e culturais, objetos até mesmo de um pacto internacional (Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966) se pretendeu, em última análise, a compreensão das gritantes desigualdades socioeconômicas acarretadas ao longo da revolução industrial (embora esta, à evidência, não tenha implantado a pobreza no mundo), buscando a concretização da ideia

de justiça material, por meio de uma igualdade e liberdade não meramente formais, bem como pela extensão da proteção da liberdade pessoal em relação ao exercício do poder social e econômico, que resultou na afirmação das liberdades sociais [...] (SARLET, 2007, p. 7)

Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana ganha centralidade e a soberania popular, a democracia e a justiça social passam a ser os fundamentos desse novo Estado (RANIERI, 2013). A conjugação dos conteúdos democráticos, de direito e social vai culminar numa lógica de Estado orientada à garantia dos direitos fundamentais da pessoa, que estão diretamente ligadas à dimensão de Direitos Humanos, os quais podem ser definidos “como o conjunto de direitos necessários à preservação da dignidade humana” (FILHO, 2010, p. 29).

Os Direitos Humanos surgem a partir de um espaço simbólico de luta e ação (PIOVESAN, 2010, p. 4), compondo uma racionalidade de resistência, na medida em que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana (FLORES, *apud* PIOVESAN, 2010, p. 4). Bobbio (*apud* PIOVESAN, 2010, p. 4) nos ensina que esses direitos não nascem todos de uma vez só e nem de uma vez por todas. No mesmo sentido, Arendt entende que eles não são um dado, mas um construído, uma invenção humana em permanente processo de construção e reconstrução.

No mesmo diapasão, a dignidade da pessoa humana é um princípio em ebulição e, dada a plasticidade de seu significado, abarca uma grande gama de direitos, constituindo-se a base de sustentação e de compreensão dos direitos fundamentais (a vida, a liberdade, a igualdade, a intimidade, a privacidade, ao lazer, a saúde, a educação, dentre outros), com imensurável número de conexões a orientar o ordenamento jurídico (MELO, 2010).

A dignidade da pessoa humana como elemento axiológico e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como elemento teleológico são os traços mais marcantes do Estado Democrático Brasileiro (RANIERI, 2013). Nesse sentido, segundo Melo (2010) a dignidade da pessoa deve ser propiciada pelo Estado por meio de Políticas Públicas que visem à melhoria de vida dos seres gregários de nossa sociedade.

Para tanto, os instrumentos devem-se calçar nas garantias fundamentais, que são deveres jurídicos atribuídos ao Estado de efetivação de direitos dos cidadãos. Trata-se de atribuir vantagens aos indivíduos menos dotados ou que não desfrutem de oportunidades reais equiparáveis, a fim de igualar suas condições às dos demais.

Assim, a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e econômicas e instaurar o regime democrático que realize a justiça social (SILVA, 2000). Já sua tarefa específica consiste em efetivar e institucionalizar os direitos fundamentais, sendo necessário que a estrutura estatal seja concebida como instituição dos direitos fundamentais e que se criem mecanismos que tornem os direitos fundamentais origem e finalidade (DWORDKIN, 2011). Diante disso, poder-se-ia dizer que é lícito tratar desigualmente aqueles que são desiguais entre si, de modo a se buscar concretização a efetiva igualdade entre todos (LOPES, 2002).

A Constituição Federal de 1988 assumiu, em seu art. 1º, que o Estado Brasileiro é uma República Federativa e que se constitui em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos:

Art. 1º [...]

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Em seu Preâmbulo, a liberdade e a igualdade figuram como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social. Isso faz como que entendamos o compromisso inequívoco do Estado Brasileiro com a promoção da igualdade entre todos e da liberdade para todos, baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais dos indivíduos.

### **3 IGUALDADE E LIBERDADE**



Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre ideal consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela, o governo não passa de tirania, pois a distribuição das riquezas é produto de uma ordem jurídica: a riqueza do cidadão depende muito das leis promulgadas em sua comunidade (DWORKIN, 2011).

Dworkin (2011) nos apresenta duas teorias gerais da igualdade distributiva, sendo a primeira a igualdade de bem-estar, em que o esquema distributivo trata as pessoas como iguais quando distribui ou transfere recursos entre elas até que nenhuma transferência adicional possa deixá-las mais iguais em bem-estar. A segunda é a igualdade de recursos, a qual trata como iguais quando distribui ou transfere de modo que nenhuma transferência adicional possa deixá-las mais iguais em suas parcelas de recursos.

Já de antemão invoca-se, para tanto, o princípio da igualdade que exprime a noção de que todos são iguais perante a lei; o que significa dizer que todos são iguais em direitos e deveres, de início em relação às liberdades individuais e aos direitos políticos, posteriormente, em relação a direitos econômicos, sociais e culturais, a direitos difusos e coletivos, e a direitos relacionados à proteção da humanidade (RANIERI, 2013).

Segundo Barroso (2014):

A igualdade, no mundo contemporâneo, se expressa em três dimensões: a igualdade formal, que veda que a lei desequipe arbitrariamente as pessoas; a igualdade material, que procura assegurar igualdade de oportunidade a todos, inclusive admitindo vantagens competitivas a grupos vulneráveis e historicamente discriminados; e a igualdade como reconhecimento, que busca respeitar as diferenças entre as pessoas, protegendo as minorias em geral, sejam elas raciais, de orientação sexual ou religiosas.

Mencionar o princípio da igualdade é também convocar e caminhar junto com o princípio da isonomia, vez que segundo (FURTADO, 2015) estabelecendo-se dignidade da pessoa humana para A, enquanto indivíduo e

pessoa, há de ser preservada a dignidade também para B, igualmente indivíduo e pessoa, sob pena de restar ferido o princípio da igualdade.

Nesse sentido, sobre a igualdade Barroso ensina que:

Todas as pessoas têm o mesmo valor intrínseco e, portanto, merecem igual respeito e consideração, independente de raça, cor, sexo, religião, origem nacional ou social ou qualquer outra condição. Aqui se inclui o tratamento não-discriminatório na lei e perante a lei (igualdade formal), bem como o respeito à diversidade e à identidade de grupos sociais minoritários, como condição para a dignidade individual (igualdade como reconhecimento).

Analisar e/ou interpretar uma situação fática sob a ótica do princípio da igualdade não é trivial, sobretudo quando se verifica choque entre princípios e/ou entre direitos fundamentais. Mais fácil seria se a sociedade fosse formada posteriormente à existência de instituições pré-definidas e estabelecidas a partir dos conceitos de justiça e equidade, como sugere John Rawls em sua teoria da Justiça como Equidade.

Segundo Rawls (1981), somente se conseguiria estabelecer princípios de justiça para uma sociedade a partir de um consenso criado por pessoas que estivessem em uma mesma situação de igualdade. Para tanto, seria necessário que essas pessoas estivessem sob o que ele chama de 'véu da ignorância', ou seja, que elas não tivessem consciência acerca de suas condições na sociedade (posição social, condição física e intelectual, gênero, raça, etc.). Para ele,

Uma vez que todos estão numa situação semelhante e ninguém pode designar princípios para favorecer sua condição particular, os princípios da justiça são o resultado de um consenso ou ajuste equitativo. A essa maneira de considerar os princípios da justiça eu chamarei de justiça como equidade (RAWLS, 1981. p.33).

A dificuldade de aplicação da teoria de Rawls é que as sociedades se formam antes das instituições. Logo, a definição dos princípios que regem uma sociedade traz a carga de valores, de princípios, da moral, de aspectos culturais e de outros atributos (coletivos ou não) dos indivíduos que participam dessa definição.

Em paralelo com a igualdade está a liberdade do indivíduo. Sobre a liberdade, Pettit (2007) concebeu três teorias, a saber: a teoria da liberdade como controle racional; a teoria da liberdade como controle volitivo; e a teoria da liberdade como controle discursivo. As duas primeiras são consideradas, pelo autor, limitadas para conceber a ideia real de liberdade e a terceira é considerada mais passível de conceber a liberdade.

Na liberdade como controle racional, uma ação somente é livre se ela tem um caráter que é consistente com o fato de o agente ser corretamente considerado responsável por ela. A ação é responsabilidade-compatível. Uma ação é livre se, somente se, ela se materializa de maneira tal que o agente pode ser considerado totalmente responsável por ela (PETTIT, 2007, p. 55).

Já a liberdade como controle volitivo relaciona-se com o exercício do controle estritamente racional, combinado com o controle volitivo, cujas volições de ordem superior (desejos ou feitos) dão ao agente a capacidade de ser responsabilizado pela ação (PETTIT, 2007, p. 79-80). Pettit (2007, p. 85-87) explica que o controle volitivo não é suficiente para definir a liberdade da pessoa porque, ao se submeter às ameaças coercitivas de outros, elas podem simular desejos que esperam de determinada situação.

Sobre a liberdade com controle discursivo, tem-se que é a teoria da pessoa livre. Nesta teoria, as pessoas são livres quando têm capacidade discursiva em relação a outras. É quando se tem habilidade para discursar e ter acesso ao discurso, fazendo com que a ação seja realmente delas e não uma ação provocada. É quando o agente pode ser responsabilizado por algo que fez quando no exercício de sua liberdade (PETTIT, 2007, p.92-143).

Pettit (2007, p. 98) conclui que:

A liberdade de um agente como pessoa será identificada de acordo com a linha de pensamento que temos seguido, com a forma de controle que as pessoas gozam dentro dos relacionamentos discursivos-amigáveis. Um agente será uma pessoa livre na medida em que tiver habilidade para discursar e tiver acesso ao discursivo que é fornecido dentro de tais relacionamentos. Alguém que é livre, nesse sentido, será consistente com a sua submissão da

influência discursiva dos outros. Mas isso, naturalmente, não é um problema. Porque a influência discursiva à qual uma pessoa pode se sujeitar, consistentemente com a retenção do controle discursivo, a deixará totalmente adequada para ser considerada responsável pelo o que ela decide e faz, ela será consistente com sua própria percepção de pessoa totalmente livre.

Em contraposição a aspectos das teorias de Rawls e de Pettit, Amartya Sen desenvolve uma teoria sobre liberdade substantiva, que engloba uma abordagem da liberdade enquanto capacidades, processos e oportunidades.

Sen (*apud* COSTA; CARVALHO, 2011) defende que “a justiça de um ato deve ser medida em termos de sua capacidade de promover as liberdades, o resultado é uma identificação entre Justiça e Desenvolvimento”, em que desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais de que as pessoas desfrutam.

O autor desenvolve sua argumentação considerando a “existência de uma multiplicidade de elementos que precisam ser levados em conta na justificação de uma tomada de decisão concreta: liberdade, capacidade, recursos, resultados, felicidade e igualdade são critérios a serem considerados” (COSTA; CARVALHO, 2011, p. 310). Costa e Carvalho complementam que esses elementos não podem ser incorporados em um sistema que defina para cada um deles um valor predeterminado.

Sen aborda dois aspectos da justiça. O primeiro se refere à justiça como o estrito cumprimento das normas (legais, morais, costumeiras), caracterizando-se por desvincular a justiça de uma avaliação das consequências do ato. A segunda parte da perspectiva da consequência do ato, ou seja, “os resultados de um ato estão ligados à sua própria justiça” (COSTA; CARVALHO, 2011, p. 310).

Costa e Carvalho (2011, p. 310), explicitam que, na segunda abordagem,

O mais importante é que as relações derivadas do ato sejam justas e contribuam para que se evite o contrário da justiça, que é o *matsanyaya*, ou seja, a situação de anomia em que os mais fortes podem oprimir os mais fracos. Uma das ideias relevantes ligadas a essa perspectiva é a de que, embora haja uma grande variedade de noções sobre o que é justo, há certo consenso em cada momento histórico

sobre o fato de certas situações constituírem uma injustiça intolerável, como a tortura ou a escravidão.

Para encontrar medidas para avaliar a se a vida de uma pessoa pode ser considerada boa, Sen se afasta de teorias como as econômicas, em que essas medidas levam em conta renda, riqueza e recursos, pois baseiam-se na utilidade dos recursos. Sua proposta é uma teoria baseada na liberdade “na qual a vida boa é medida em termos da efetiva liberdade das pessoas, entendida tanto em termos da existência concreta de oportunidades de escolha individual (possibilidade efetiva de se fazer o que se deseja) quanto da existência de processos de decisão pública que respeitem essa liberdade” (SEN *apud* COSTA; CARVALHO, 2011, p. 311).

Capacidades é um conceito-chave em Sen e se refere à capacidade que uma pessoa tem para fazer coisas que ela valoriza. Para ele, a avaliação da liberdade deve ser feita em termos de capacidades.

Segundo Costa e Carvalho (2011, p. 314), Sen:

Oferece uma teoria moral que defende que os debates acerca da justiça social (especialmente no campo da economia) devem ultrapassar os limites das teorias hegemônicas e incorporar uma avaliação moral vinculada à promoção das liberdades estabelecidas pelos direitos humanos, aos quais reconhece validade universal.

Incorporando um discurso centrado em liberdades e direitos, que exigem cálculos mais sofisticados, porém, são mais capazes de refletir as demandas contemporâneas de justiça.

Nota-se das teorias apresentadas a constante preocupação em buscar princípios, conceitos e medidas de justiça que possibilitem alcançar o equilíbrio entre igualdade social e liberdades individuais.

Para Bobbio, enquanto a liberdade é um valor para os indivíduos compreendidos isoladamente, a igualdade é um valor para os indivíduos compreendidos na relação social. Com o objetivo de conservar a ordem social, a igualdade é um valor que tem por base o tratamento igual entre os que são iguais e desigual entre os que são desiguais, sendo que o propósito da doutrina

igualitária não é somente estabelecer quando duas coisas devem ser consideradas equivalentes, mas sim promover a justiça entre os indivíduos.

Bobbio adverte, entretanto, que não se garante que uma decisão tomada pela maioria seja a mais inteligente e sábia, porém deve, no mínimo, ser “aquela que se pode presumir seja a mais vantajosa para a maioria, contanto que se entenda possa ser mudada com o mesmo procedimento”. Assim liberdade e igualdade são valores necessariamente complementares.

No momento em que o Estado está realizando o bem comum, o bem de todos, realiza-se o *ipso facto*, a salvaguarda dos direitos e interesses individuais. Em caso de choque entre os interesses de um indivíduo e os da coletividade, devem prevalecer os últimos. Daí, abstrai-se o valor supremo da pessoa humana, para consumir a preservação da dignidade da pessoa humana através do coletivo (REALE, 1996).

Essa ação do Estado, para encontrar convergência com os anseios e necessidades da sociedade, deve ser estruturada e planejada. Para tanto, devem-se buscar mecanismos e instrumentos que sejam capazes de equacionar as questões que pairam em torno da problemática igualdade x liberdade, de maneira que os indivíduos e grupos sociais consigam compreender e aceitar como legítimas as decisões de alocação e distribuição de bens e serviços públicos. Nesse contexto, um dos instrumentos legítimos e constitucionalmente previsto em nosso ordenamento são as chamadas políticas públicas, que passaremos a tratar no próximo item.

#### **4 DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS: EM BUSCA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS**

O estudo das relações existentes entre o direito e as políticas públicas não é tarefa fácil e engloba um espectro de questões relativas a diferentes ordens: conceituais, semânticas, metodológicas, teóricas e práticas. Isso porque, apesar de o tema políticas públicas ser interdisciplinar e abranger diversas áreas do conhecimento (ciência política, economia, administração pública, etc.) ainda é pouco estudado e compreendido no meio jurídico.

Para Diogo Coutinho (2013, p. 3), a despeito de os juristas serem, a todo tempo demandados a opinar e decidir sobre políticas públicas em todas as diferentes fases de seu processo, no Brasil, esses juristas “estudam pouco as políticas públicas e o fazem com recursos metodológicos escassos e frágeis”. Segundo o autor,

A disciplina do direito tem uma relação um tanto ambígua com o campo transversal das políticas públicas. Se, de um lado, quando desempenham os papéis de gestores, administradores ou procuradores, os juristas interagem com elas intensamente (moldando-as e operando-as), de outro lado delas mantêm, como cientistas sociais, uma reveladora distância.

A compreensão de políticas públicas, então, não pode abrir mão da exploração de toda a densa literatura resultante de estudos e pesquisas em outras áreas do conhecimento. Muitas são as definições e elas evoluem ou se alteram no tempo e no espaço, sobretudo em razão do componente político que as orienta. Assim, os conceitos e definições que giram em torno do tema sofrem influência direta dos modelos de Estado e dos sistemas de governo em que são formuladas e implementadas.

Reinaldo Dias e Fernanda Matos (2012, p. 11) nos informam que o conceito de política pública

Pressupõe que há uma área de domínio da vida que não é privada ou somente individual, mas que existe em comum com outros. Essa dimensão comum é denominada propriedade pública, não pertence a ninguém em particular e é controlada pelo governo para propósitos públicos.

Nesse sentido, o governo, como o principal gestor e executor dos recursos públicos, legitimamente eleito para isso, tem a atribuição precípua de atender e resolver os problemas e executar o processo integral de planejamento, formulação, implementação e avaliação de políticas públicas de modo coordenado e permanente, integrando ações e otimizando recursos, para a promoção do interesse público.

Nesse diapasão, caberia uma primeira definição de política pública como “um conjunto de princípios, critérios e linhas de ação que garantem e permitem

a gestão do Estado na solução dos problemas nacionais” (DIAS; MATOS, 2012, p. 12).

Política pública também pode ser compreendida como ações governamentais que buscam “estabelecer condições de equidade no convívio social, tendo por objetivo dar condições para que todos possam atingir uma melhoria da qualidade de vida compatível com a dignidade humana” (DIAS; MATOS, 2012, p. 12).

Larry Gerston (2010, p. 7), ao estudar os processos e princípios do *public policy making*, considera a seguinte definição: “is the combination of basic decisions, commitments and actions made by those who hold or influence government positions of authority”. Segundo ele, os arranjos de políticas públicas resultam das interações entre os atores que demandam mudanças, os que tomam as decisões e os que são afetados pela política.

As definições de políticas públicas nos informam que o tema engloba tanto conteúdo de governo como também de Estado. Nesse sentido, não há como fugir da interseção existente entre Direito e Política Pública.

Para Maria das Graças Rua (2012, p. 37) “a política compreende um conjunto de procedimentos destinados à resolução pacífica de conflitos em torno da alocação de bens e recursos públicos”. Celina Souza (2006) nos informa que em uma sociedade democrática, a definição de políticas públicas engloba questões de ação coletiva e de distribuição de bens e serviços também coletivos, com escolha racional e definição de incentivos seletivos, para se evitar a captura de seus resultados por grupos ou interesses particularizados (OLSON *apud* SOUZA, 2006, p 37).

Celina Souza (2006, p. 36) sintetiza os principais elementos das definições de políticas públicas, relacionando os seguintes:

1-A política pública permite distinguir entre o que o governo pretende fazer e o que, de fato, faz.

2-A política pública envolve vários atores e níveis de decisão, embora seja materializada através dos governos, e



não necessariamente se restringe a participantes formais, já que os informais são também importantes.

3-A política pública é abrangente e não se limita a leis e regras.

4-A política pública é uma ação intencional, com objetivos a serem alcançados.

5-A política pública, embora tenha impactos no curto prazo, é uma política de longo prazo.

6-A política pública envolve processos subsequentes após sua decisão e proposição, ou seja, implica também implementação, execução e avaliação.

7-O papel das instituições/regras na decisão e formulação de políticas públicas.

Segundo Maria Paula Dallari Bucci (2002, p. 241):

Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são ‘metas coletivas conscientes’ e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato.

Isso se confirma quando a própria Constituição enuncia, ao longo de todo o seu texto, as políticas públicas como o meio de o Estado exercer sua atividade prestacional, o exemplo clássico é o do art. 196 que dispõe, *in verbis*:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, **garantido mediante políticas sociais e econômicas** que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (grifo dos autores).

A definição de Dias e Matos (2012), que expressa a relação da política pública com o estabelecimento de condições de equidade no convívio social e de melhoria da qualidade de vida compatível com a dignidade humana; associada às definições de Rua (2012), Souza (2006) e Bucci (2002), as quais trazem a ideia de alocação de bens e serviços coletivos e realização de objetivos socialmente relevantes, permite a compreensão da noção de justiça social embutido no conceito de política pública (igualdade e liberdade) e de seu papel objetivo e direto na concreção dos direitos fundamentais, mediante escolhas de alocação de recursos.

Diante disso, desvendam-se as políticas públicas como instrumento legítimo e eficiente do Estado capaz de contribuir para a correção das distorções e das desigualdades existentes nos campos sociais e econômicos, notadamente, naqueles que se destinam a efetivação dos direitos fundamentais (saúde, educação, vida, trabalho, cultura, dentre outros), a partir da perspectiva de ampliação e aprofundamento da igualdade e da liberdade entre as pessoas.

Assim, justifica-se a escolha de se analisar a política pública de educação profissional e tecnológica como instrumento de promoção da igualdade e da liberdade.

## **5 POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO PROFISSIONAL E TECNOLÓGICA (EPT) COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DE IGUALDADE E LIBERDADE: O PRONATEC**

A educação se insere no conjunto de direitos sociais que, por sua vez, fazem parte do escopo da 2ª geração de direitos, ou seja, são reconhecidos e protegidos não apenas no interesse primário do indivíduo, mas também no interesse geral da sociedade da qual o indivíduo faz parte (BOBBIO, 2000, p. 507).

Por essa característica, o Estado é obrigado a uma prestação positiva, por meio da criação de institutos e mecanismos aptos a propiciar, efetivamente, o exercício desses direitos. Para explicar essa obrigação, Bobbio (2000, p. 508) faz referência ao art. 3º da Constituição Italiana onde está inscrita a expressão “remover os obstáculos”. Essa expressão resume com clareza a essência da ideia de prestação positiva.

Outra peculiaridade do direito à educação, é que se inspira no valor da igualdade e traz no seu âmago a original tendência de corrigir, senão eliminar, as desigualdades resultantes de condições econômicas, sociais, geográficas, raciais, de gênero e até mesmo físicas (vejam-se as ações destinadas aos deficientes físicos e aos alunos da educação especial).

No Brasil, muito se tem discutido acerca da educação escolar como instrumento de promoção da inclusão social, do desenvolvimento socioeconômico e da formação cultural necessária às exigências da sociedade contemporânea: globalizada, plural, do conhecimento, com a precarização do trabalho, etc. (TEIXEIRA, 2005, p. 8-9).

Os debates, políticas e ações em educação, no Brasil, têm se desenvolvido levando em conta as diretrizes da UNESCO, segundo as quais a educação se baseia em quatro pilares: i) aprender a conhecer; ii) aprender a fazer; iii) aprender a conviver; e iv) aprender a ser (DELORS, 2010).

A abrangência desses pilares mostra que a educação exerce papel fundamental não apenas na formação acadêmica e na capacitação profissional do indivíduo, mas também na formação ético-moral do cidadão no respeito pelos valores do pluralismo, da compreensão mútua e da paz e considerando todas as potencialidades de cada indivíduo: memória, raciocínio, sentido estético, capacidades físicas, aptidão para se comunicar (DELORS, 2010).

Num ambiente social cada vez mais complexo, com demandas cada vez mais intensas, a educação, por ter caráter multidisciplinar e transversal, se apresenta como instrumento essencial e basilar na promoção da igualdade e da liberdade, uma vez que permeia todas as dimensões da vida e da sociedade, podendo apresentar soluções de desenvolvimento de grupos sociais e de setores econômicos.

Nesse sentido, a educação exerce relevante função na redução “das discriminações e dos preconceitos relacionados às diferenças econômicas e sociais de gênero, étnicas, culturais, dos incapacitados, diferenças que podem se converter em causas da exclusão” (TEIXEIRA, 2005, p. 9).

Em uma sociedade marcada por profundas diferenças econômicas e sociais, a educação profissional e tecnológica se apresenta como uma alternativa de indução, otimização e aprofundamento de iniciativas e ações que visem corrigir e/ou minimizar essas diferenças, uma vez que “constitui uma das

dimensões que melhor evidencia as inter-relações do sistema educativo e de outros sistemas sociais” (BRASIL, 2004, p. 5).

Além disso, por sua característica marcante de fazer interagir o conhecimento científico com o conhecimento prático, a EPT abre inúmeras janelas de oportunidade para o florescimento de capacidades individuais e também coletivas, capazes de desenvolver o capital social necessário para a geração de *feedbacks* relevantes, não somente para políticas educacionais, mas também para outras políticas públicas igualmente importantes para a construção da cidadania e, portanto, da promoção da igualdade e da liberdade na sociedade contemporânea.

Assim, cabe ao Estado, como principal agente formulador e executor de políticas públicas, compreender essa dinâmica e desenhar modelos integrados e eficientes que, ao tempo em que promovam a EPT de maneira universal, consigam catalisar as demandas da sociedade no sentido de promover a equidade na oferta de EPT, direcionando-a, de maneira inteligente e eficiente, incluindo públicos vulneráveis e minorias, muitas vezes marginalizados do processo educacional.

Esses modelos devem considerar que a política de EPT, como tema transversal nas políticas públicas, deve conversar e interagir com as demais políticas de promoção da igualdade e da liberdade, gerando, assim, a sinergia necessária entre as diferentes áreas de políticas públicas e os setores e esferas (federal, estadual e municipal) de governo. Ademais, deve-se observar que a EPT se caracteriza pela multidisciplinaridade, de modo que grande parte das áreas do conhecimento científico e tecnológico inserem-se no escopo desta modalidade de ensino. Outra característica relevante é que a EPT é multisetorial, devendo-se considerar, nos modelos, a participação de atores de dentro e de fora do governo, tais quais setor produtivo, academia, congresso nacional, sociedade civil organizada, públicos envolvidos e/ou interessados.

Diante dessas características, observa-se que “à educação profissional e tecnológica cabe uma posição estratégica importante como elemento criativo

de alavancagem, junto com outras políticas e ações públicas, para o desenvolvimento socioeconômico do Brasil” (BRASIL, 2004, p. 6), podendo ser um eficiente instrumento de promoção da igualdade e da liberdade, na medida em que pode contribuir para o desenvolvimento das capacidades e geração das oportunidades de que trata Sen (COSTA; CARVALHO, 2011).

O grande desafio é o passo inicial na elaboração da política pública, que demanda o conhecimento da realidade fática que se quer alterar ou em que se quer influir. No caso da EPT, ponto incontroverso é a constante e crescente necessidade de qualificação profissional de trabalhadores e de jovens para entrada, permanência e/ou reingresso no mercado do trabalho, bem como a elevação de sua escolaridade.

Além disso, na elaboração da política, deve-se identificar, dentro do público-alvo, os grupos e/ou minorias que devem ser priorizados pelo entendimento da política, considerando a ideia de justiça social. Nesse ponto, a política de EPT, considerando o contingente populacional de trabalhadores e jovens que necessitam de qualificação profissional e de elevação de escolaridade *vis-a-vis* o reconhecimento de grupos e minorias vulneráveis e/ou marginalizados, deve identificar e direcionar ações específicas para esses grupos e minorias. Para tanto, esta política deve, necessariamente, convergir esforços com outras políticas públicas destinadas a esse público, a fim de otimizar recursos e obter resultados mais eficientes.

Outro ponto relevante é que, como política de Estado de abrangência nacional, o modelo deve se orientar pelas demandas locais, reconhecendo as peculiaridades, aptidões e vocações econômicas e profissionais da localidade em que serão ofertados os cursos. Para tanto, é fundamental a articulação com políticas e ações dos governos locais.

Com essas considerações, passa-se a apresentar o do Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e ao Emprego (Pronatec), como forma de verificar se políticas de EPT podem, de fato, contribuir para a promoção da igualdade e da liberdade, no sentido de ampliar as condições de acesso à educação, de

aumento da empregabilidade e de acesso a emprego e renda, por parte de grupos vulneráveis e ou minorias.

O Pronatec surgiu como uma alternativa de formação profissional de qualidade, que alcançasse a população mais pobre, que, em geral, tem acesso limitado a cursos de nível técnico ou de qualificação profissional, que envolvem a entrega de certificados por parte das redes pública e privada de educação técnica e profissional.

Para essa população,

O acesso a esses cursos representava alcançar um sonho presente no imaginário de muitas pessoas que, por sua condição econômica, educacional e social, duvidavam de sua capacidade de frequentar os cursos, e de sua possibilidade de aprovação e certificação, o que se refletia na fala generalizada de que seu processo formativo estava comprometido e numa percepção de que não alcançariam espaços formais de trabalho – como empregados ou empreendedores (BRASIL, 2015).

O programa parte da perspectiva de que é possível transformar essa realidade com investimento em EPT de qualidade, “mudando as oportunidades de educação e de trabalho dessa parcela da população, que via de regra não consegue vencer as barreiras das condições de pobreza em que se encontra” (BRASIL, 2015, p. 7).

Gallindo, Feres e Schroeder (2015, p. 21), informam que:

O Pronatec articula diversas ações relacionadas à educação profissional e tecnológica, no âmbito do Governo Federal, com o propósito de contribuir com o desenvolvimento do país, de forma sustentável, promovendo a inclusão social, a inovação tecnológica e o aumento da produtividade e competitividade da economia.

O Pronatec foi criado por meio da Lei nº 12.513/2011, pelo Governo Federal, com o objetivo central de expandir, interiorizar e democratizar a oferta de cursos de educação profissional e tecnológica no país. O programa busca ampliar as oportunidades educacionais e de formação profissional qualificada aos jovens, trabalhadores e beneficiários de programas de transferência de renda.

Segundo a Lei de criação, o Pronatec tem os seguintes objetivos:

Art. 1º [...]

Parágrafo único: São objetivos do Pronatec:

I - expandir, interiorizar e democratizar a oferta de cursos de educação profissional técnica de nível médio presencial e a distância e de cursos e programas de formação inicial e continuada ou qualificação profissional;

II - fomentar e apoiar a expansão da rede física de atendimento da educação profissional e tecnológica;

III - contribuir para a melhoria da qualidade do ensino médio público, por meio da articulação com a educação profissional;

IV - ampliar as oportunidades educacionais dos trabalhadores, por meio do incremento da formação e qualificação profissional;

V - estimular a difusão de recursos pedagógicos para apoiar a oferta de cursos de educação profissional e tecnológica.

VI - estimular a articulação entre a política de educação profissional e tecnológica e as políticas de geração de trabalho, emprego e renda.

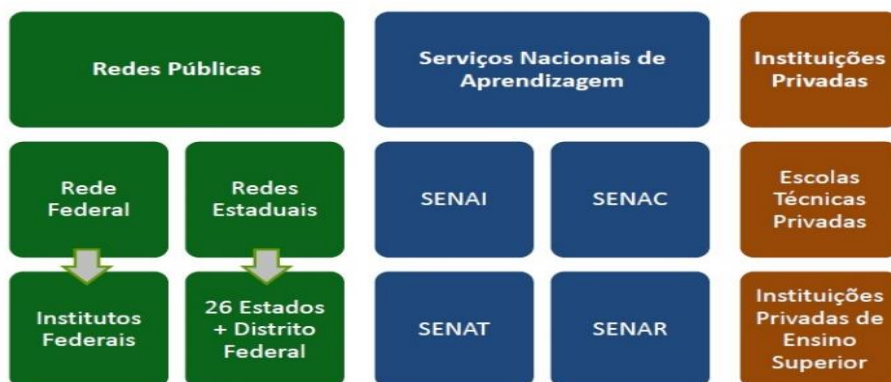
Esses objetivos demonstram as características de transversalidade, multidisciplinaridade e multisetorialidade do Programa, que podem ser melhor visualizadas a partir de seu desenho institucional, que envolve vários órgãos federais, as redes de educação profissional (pública e privada e seus stakeholders) e articula diferentes políticas e ações de governo, como se vê nas figuras abaixo.

**Figura 1** - Articulação entre órgãos e entidades públicos e privados



Fonte: Brasil, 2015.

**Figura 2** - Redes e Instituições de Educação Profissional no Brasil



Fonte: Brasil, 2015

Ainda em relação aos objetivos, importa salientar que foram estabelecidas as diretrizes centrais de, não somente expandir a oferta de cursos de EPT, mas também de interiorizar (levar EPT a localidades com menos acesso ou acesso precário à educação) e democratizar (possibilitar acesso a todos, promovendo equidade de oportunidade e liberdade de escolha).

Essas diretrizes ficam mais evidentes quando a Lei define os públicos prioritários do programa:

Art. 2º O Pronatec atenderá prioritariamente:

I - estudantes do ensino médio da rede pública, inclusive da educação de jovens e adultos;

II - trabalhadores;



III - beneficiários dos programas federais de transferência de renda; e

IV - estudante que tenha cursado o ensino médio completo em escola da rede pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral, nos termos do regulamento.

§ 1º Entre os trabalhadores a que se refere o inciso II, incluem-se os agricultores familiares, silvicultores, aquicultores, extrativistas e pescadores.

§ 2º Será estimulada a participação das pessoas com deficiência nas ações de educação profissional e tecnológica desenvolvidas no âmbito do Pronatec, observadas as condições de acessibilidade e participação plena no ambiente educacional, tais como adequação de equipamentos, de materiais pedagógicos, de currículos e de estrutura física.

§ 3º As ações desenvolvidas no âmbito do Pronatec contemplarão a participação de povos indígenas, comunidades quilombolas e adolescentes e jovens em cumprimento de medidas socioeducativas.

§ 4º Será estimulada a participação de mulheres responsáveis pela unidade familiar beneficiárias de programas federais de transferência de renda, nos cursos oferecidos por intermédio da Bolsa-Formação. (Incluído pela Lei nº 12.816, de 2013)

Entre 2011 e 2015, o Pronatec atingiu o total de 9,4 milhões de matrículas em todo o território nacional, como se vê no gráfico 1.

**Gráfico 1** - Total de matrículas do Pronatec, no período de 2011 a 2015.



Fonte: Brasil, 2016.

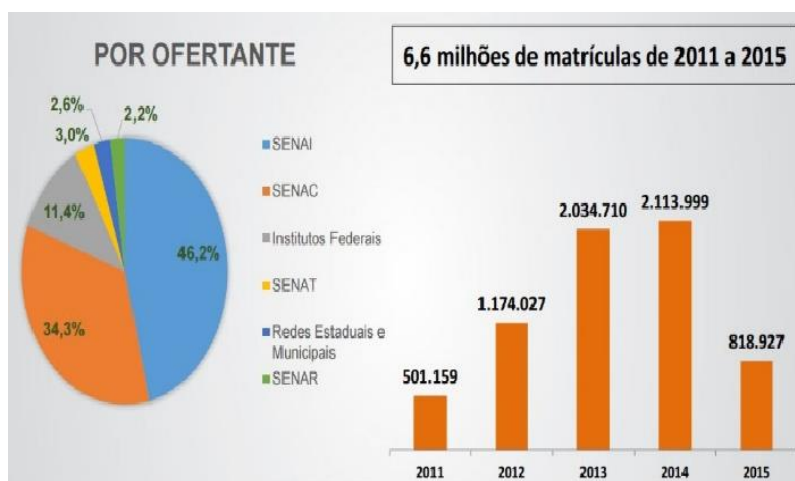
Desse total, 2,7 milhões foram em cursos técnicos e 6,6 milhões em cursos de qualificação profissional, como se demonstra a seguir.

**Gráfico 2** - Matrículas do Pronatec em cursos técnicos, no período de 2011 a 2015



Fonte: Brasil, 2016.

**Gráfico 3** - Matrículas do Pronatec em cursos de qualificação profissional, no período de 2011 a 2015



Fonte: Brasil, 2016.

Importante destacar que, até 2014, os cursos passaram a ser ofertados em 4.300 municípios, ou seja, atendeu a 77% dos municípios brasileiros, ampliando sobremaneira a abrangência da oferta e possibilitando o acesso a milhares de alunos à EPT. Isso foi possível a partir da parceria firmada entre governo federal e as redes pública e privada de EPT, que permitiu ampliar, incrementar e utilizar toda a capilaridade dessas redes no território nacional.

Assim, 433 microrregiões do país foram atendidas pelo programa, das quais 208 foram incluídas no sistema de EPT pelo Pronatec, o que se pode observar no gráfico 4 abaixo.

**Gráfico 4** - Contribuição do Pronatec para cobertura de EPT nas microrregiões do país



Fonte: Brasil, 2015.

Em linha com a ampliação da oferta e da abrangência do programa, os investimentos anuais em EPT mais que dobraram em 4 anos, partindo de R\$ 3,9 bilhões, em 2010, e atingindo cerca de R\$ 9 bilhões, em 2014. No total, entre 2011 e 2014, foram investidos cerca de R\$ 27,6 bilhões, o que representa uma média anual de R\$ 6,9 bilhões, como se vê no gráfico 5 a seguir.

**Gráfico 5** - Evolução do orçamento federal em EPT



Fonte: Brasil, 2015.

Ademais, com o Pronatec, passou-se a oferecer uma ampla diversidade de cursos que compreende mais de 220 cursos técnicos e mais de 600 cursos de qualificação profissional com diferentes cargas-horárias e diferentes modalidades, permitindo ao aluno a liberdade de escolha acerca de suas preferências profissionais e nível de aprofundamento educacional.

Dentre as modalidades de cursos ofertados pelo programa, têm-se os cursos de Formação Inicial e Continuada (FIC) e cursos de nível técnico, ambas executadas por meio de uma das iniciativas do Pronatec, a Bolsa Formação, que responde por parte significativa da oferta desses cursos do programa.

Segundo Gallindo, Feres e Schroeder (2015, p. 21), a:

Bolsa-Formação caracteriza-se como nova ação, que se propõe a otimizar a capacidade instalada nas instituições de educação profissional e tecnológica (redes públicas federal, estaduais, distrital e municipais, Serviços Nacionais de Aprendizagem Industrial - SENAI, Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial - SENAC, Serviço Nacional de Aprendizagem Rural - SENAR e Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte - SENAT e instituições privadas de ensino superior e de educação profissional técnica de nível médio), para dar escala à oferta gratuita de cursos técnicos e de FIC, com recursos repassados pelo Ministério da Educação (MEC).

Para atender aos objetivos focados em públicos prioritários, a iniciativa Bolsa-Formação integrou-se a outros programas desenvolvidos pelo governo federal, dentre os quais, podem-se citar o Brasil Sem Miséria, do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), o Viver Sem Limites, da Secretária de Direitos Humanos (SDH), o Plano Brasil Maior, do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), do Seguro-Desemprego, do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), do Pronacampo, do Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA).

A par dessas constatações, cumpre analisar os efeitos do Pronatec em relação aos públicos priorizados. Para tanto, propõe-se um recorte de análise focada nos 'beneficiários dos programas federais de transferência de renda', notadamente no que se refere à oferta de cursos por meio da iniciativa Bolsa Formação articulada com o programa Brasil Sem Miséria (BSM), do MDS, que

foca os inscritos no Cadastro Único (CadÚnico) e, em particular, os inscritos no Programa Bolsa Família (PBF), sobre os quais se tem maior quantidade de informações.

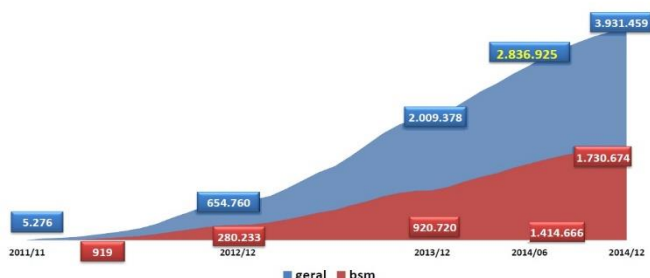
Segundo o Ministério do Desenvolvimento Social e o Ministério da Educação:

O Pronatec/Bolsa-Formação é uma iniciativa que agrega o conhecimento acumulado em experiências anteriores das redes da assistência social e, em articulação com as instituições da Rede Federal – Institutos Federais e Escolas vinculadas às Universidades Federais –, as redes Estaduais e Distrital de educação profissional e tecnológica e os Serviços Nacionais de Aprendizagem (BRASIL, 2015, p. 5).

Entre 2011 e 2014, o Pronatec/Bolsa-Formação beneficiou cerca de 4 milhões de brasileiros, dentre estudantes do ensino médio, beneficiários de programas federais de transferência de renda, trabalhadores desempregados, pessoas com deficiência, populações do campo, trabalhadores de diferentes setores da economia, que precisam de aprimoramento profissional ou necessitam aprender uma profissão para a inserção ou reinserção qualificada no mundo do trabalho (GALLINDO; FERES; SCHROEDER, 2015).

Do ponto de vista da eficácia do programa, interessa notar que, dessas quase 4 milhões de matrículas, cerca de 1,8 milhões foram destinadas ao público do BSM, conforme se verifica no gráfico abaixo.

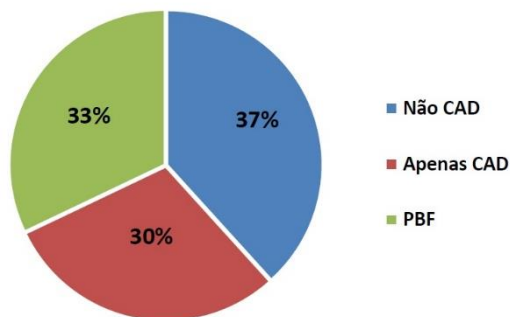
**Gráfico 6** - Total de matrículas do Pronatec/Bolsa-Formação e das matrículas Pronatec/Bolsa-Formação BMS.



Fonte: Brasil, 2015.

Interessa observar também que, do total de matrículas Pronatec/Bolsa-Formação, 63% dos beneficiários estavam inseridos no CadÚnico, sendo que 33% eram beneficiários do PBF. Isso demonstra que, a despeito de o programa não ser exclusivo desse público, ele alcançou de maneira satisfatória esse grupo vulnerável.

**Gráfico 7** - Distribuição das matrículas do Pronatec/Bolsa-Formação por inscritos no CadÚnico, não inscritos no CadÚnico e beneficiários do PBF (de nov. 2011 a jun. 2014).

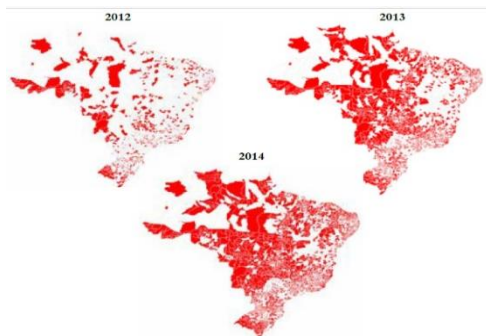


Fonte: Brasil, 2015.

Não obstante esses avanços, uma das mais importantes constatações é que o Pronatec atendeu os grupos com inserção laboral mais precária: mulheres (60%); jovens com até 29 anos de idade (64%); estudantes com ensino fundamental completo (83%), negros (53%).

No que se refere à eficiência, ponto interessante de se destacar é a evolução da interiorização e da abrangência do Pronatec/BSM, que evoluiu de 911 (16,4%) municípios brasileiros, em dezembro de 2012, para 2.472 (44,38%) dos municípios, em 2013, e saltou para 3.301 (59,3%) dos municípios brasileiros, em 2014.

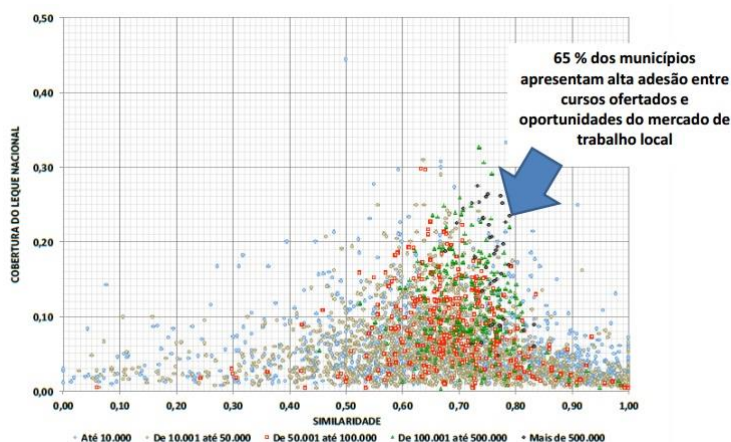
**Gráfico 8** - Evolução da interiorização do Pronatec/BSM (2012 a 2014)



Fonte: Brasil, 2015.

Também sobre a eficiência do programa, estudo da SAGI/MDS mostra resultados empolgantes. Em 65% dos municípios participantes, os cursos ofertados apresentam aderência em relação às tendências do mercado formal.

**Gráfico 9** - Distribuição do índice de similaridade de cobertura relativa ao Pronatec, por município – Brasil, outubro de 2011 a junho de 2014.



Fonte: Brasil, 2015.

Além disso, ainda segundo o Ministério do Desenvolvimento Social (BRASIL, 2015), as taxas de conclusão e reprovação apresentaram índices ligeiramente melhor que os padrões históricos, tendo chegado a 79% de conclusão e 87,1% de aprovação. Sendo que, entre os participantes beneficiários do Bolsa Família e os inscritos no Cadastro Único, as taxas de conclusão e aprovação foram superiores à média geral, atingindo taxas de

conclusão de 81,4% e 79,3%, respectivamente, face a 76,5% dos não inscritos no CadÚnico e a 79% do total de matriculados. Já as taxas de aprovação foram de 88,3% para os beneficiários do Bolsa Família, 87,4% para os inscritos no Cadastro Único, 85,5% para os não inscritos no CadÚnico e 87,1% para o total de matriculados.

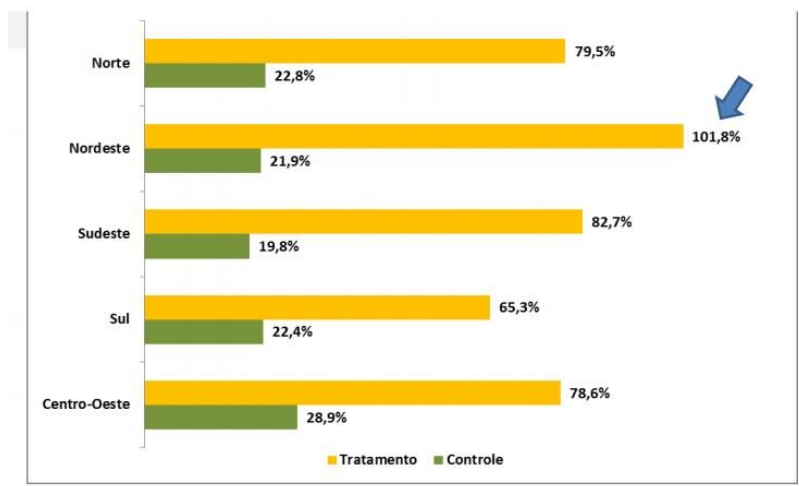
Outra constatação importante é a de o Pronatec faz diferença para quem é beneficiado por ele. Segundo a SAGI/MDS, dentre os participantes do Pronatec, há um aumento da formalização no mercado de trabalho em 11,8 pontos percentuais, mais que o dobro do que ocorre para os não participantes com mesmo perfil, que apresentam taxa de 4,9 pontos percentuais. Para os beneficiários do Bolsa Família, que participam do Pronatec, o aumento da formalização no mercado de trabalho é de 10,5 pontos percentuais, entre os inscritos no CadÚnico o aumento é ainda maior, chegando a 13,2 pontos percentuais.

Além disso, os estudos da SAGI/MDS acerca dos 2,5 milhões de matrículas do Pronatec – Bolsa Formação mostram que o programa caminha no sentido de atender aos requisitos de eficiência, eficácia e efetividade, uma vez que:

- O estudo possibilitou a comparação dos participantes do Pronatec com outros indivíduos do CadÚnico, com características semelhantes;
- Os resultados evidenciam que participantes do Pronatec conseguem igualar as diferenças de inserção no mercado formal, comparativamente a seus pares que não cursaram; e
- O estudo fornece evidências do impacto do Pronatec no aumento da empregabilidade formal de seus alunos, destacando-se a intensidade com que ocorre entre os beneficiários do Programa Bolsa Família, notadamente no Nordeste brasileiro.



**Gráfico 9** - Variação relativa do total de pessoas com vínculo ou micro empreendimento formal entre início e final do período



Fonte: SAGI/MDS, 2015.

Diante de todo o exposto, pode-se observar que o:

Pronatec ganha lugar na agenda de políticas sociais à medida que convoca as instituições de educação profissional e tecnológica para compreender e articular as políticas de educação, de trabalho e de desenvolvimento social e econômico, reconhecendo demandas objetivas de cada contexto e as necessidades e interesses dos indivíduos. (GALLINDO; FERES; SCHROEDER, 2015, p. 26).

Com os resultados alcançados pelo programa, verifica-se o seu potencial como instrumento potencializador das capacidades e oportunidades que contribuem para o alargamento e o aprofundamento da concreção dos princípios da igualdade e da liberdade numa sociedade em que é marcante a desigualdade de oportunidades e em que grupos vulneráveis e minorias têm acesso restrito e/ou precário à educação, ao trabalho e à renda.

## 6 CONCLUSÃO

A constante problemática em torno da questão igualdade e liberdade toma contornos diferenciados a depender da perspectiva que se tem acerca do modelo de Estado. Num Estado Democrático de Direito, várias teorias exploram essa problemática a partir da noção de justiça. Umas se concentram mais na

ideia de garantia de liberdades outras se aproximam mais da ideia de igualdade social.

Independente da teoria que se escolha explorar, senso comum é que se deve buscar o equilíbrio entre os dois princípios, para que se alcance o bem social sem se negligenciar a esfera individual.

Nesse sentido, destaca-se o papel do Estado como ente provedor de bens e serviços sociais e como agente mediador dos conflitos socioeconômicos. A atuação do Estado, nos dois casos, deve-se pautar em ações que privilegiem a transparência e a participação social, por meio do uso de instrumentos que legitimem as escolhas e reflitam os anseios da sociedade.

Políticas públicas são instrumentos que permitem a materialização desses pressupostos da ação estatal. Para que contribuam de forma efetiva na concreção dos direitos e, conseqüentemente, no aprofundamento da igualdade e da liberdade, elas devem considerar a realidade socioeconômica que pretendem alterar, e orientar suas ações com vistas a atingir o melhor resultado em termos de justiça social. Isso engloba a análise de prioridades tanto do campo de atuação estatal como dos públicos a serem atendidos.

Políticas públicas de educação profissional e tecnológica podem contribuir de maneira indelével na mudança da qualidade de vidas das pessoas e na composição do tecido social. Tratam-se de políticas multidisciplinares, transversais e multisetoriais, que podem alcançar todos os níveis de escolaridade, todos os setores da economia, todas as áreas do conhecimento. Dadas essas características e a diversidade de formas e meios de prover EPT (presencial, à distância, curta duração longa duração, requisito mínimos para ingresso), essas políticas apresentam maior grau de facilidade de apropriação por parte da população.

Quando combinadas e articuladas com outras políticas públicas sociais, como é caso do Pronatec/Bolsa-Formação-BSM, elas potencializam os resultados reciprocamente, e podem alcançar públicos vulneráveis e minorias que, sem essa convergência, não conseguiriam acesso à oferta da política. Isso

faz com que as políticas públicas exerçam papel fundamental na correção de desigualdades social, econômica, cultural.

Os resultados do Pronatec/Bolsa-Formação apresentados neste trabalho demonstram que políticas públicas de educação profissional e tecnológica, articuladas com outras políticas sociais, podem efetivamente contribuir para a promoção do equilíbrio entre igualdade e liberdade.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Estado, sociedade e direito**: diagnósticos e propostas para o Brasil. Texto-base de abertura da XXII Conferência Nacional dos Advogados. Rio de Janeiro, RJ, 20 de outubro de 2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html)>. Acesso em: 2 jul. 2016.

BRASIL. **Lei n. 12.513, de 26 de outubro de 2011**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12513.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12513.htm)>. Acesso em: 2 jul. 2016.

BRASIL. Ministério da Educação. **Políticas públicas para educação profissional e tecnológica**. 2004. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/pronatec/publicacoes>>. Acesso em 12 dez. 2016.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica do Ministério da Educação. **Apresentação sobre Políticas Públicas para Educação Profissional e Tecnológica (EPT) no Brasil**. 2015. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/pronatec/publicacoes>>. Acesso em 13 dez. 2016.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. MEC, Ministério da Educação. **Inclusão Produtiva Urbana: O Que Fez o Pronatec**. 2015. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/pronatec/publicacoes>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. Secretaria de Avaliação e Gestão da Informação do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate Fome. **Apresentação sobre Avaliação do Pronatec**: aspectos relacionados à eficiência, eficácia e efetividade do programa entre 2011 e 2014. 2015. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/pronatec/publicacoes>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

COSTA, Alexandre Araújo; CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. **Amartya Sen: a ideia de Justiça**. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n8/11.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Orgs.), **Política pública como campo disciplinar**. São Paulo: UNESP, 2013. p. 181-200.

DELORS, Jacques. **Educação: um tesouro a descobrir: relatório para a UNESCO da Comissão Integrada sobre Educação para o séc. XXI**. Brasília: UNESCO/Brasil, 2010.

DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. Fundamentos do Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade de Direito de Belo Horizonte**, v. 7, n. 13 e 14, p. 158-163, 2004.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. 2. ed. São Paulo; WMF Martins Fontes, 2011.

FURTADO, Emmanuel. A dignidade da pessoa humana e direitos humanos. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Barros (Coords.). **O respeito à dignidade da pessoa humana**. Fortaleza: [s.n.] , 2015. p. 281-313.

GALLINDO, Erica de Lima; FERES, Marcelo Machado; SCHROEDER, Nilva. **O Pronatec e o fortalecimento das políticas de educação profissional e tecnológica**. Brasília, 2015. p. 21-45. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/pronatec/publicacoes>>. Acesso em 13 dez. 2016.

GERSTON, Larry. N. **Public Policy Making: process and principles**. New York: M. E. Sharp, 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de teoria constitucional**. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 1989.

LOPES, Julio Aurélio Vianna. **Lições de direito constitittucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MELO, Sergio Fernando, et al. **A centralidade da dignidade da pessoa humana como fundamento da aprendizagem empresária: estado, direito e sociedade**. São Paulo: Iglu, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1998.

PETTIT, Philip. **A teoria da liberdade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz (Coords.). **Direitos humanos e direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010.

RANIERI, Nina Beatriz Stoco. **Teoria do Estado**: do estado de direito ao estado democrático de direito. Barueri, SP; Manole, 2013.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 11, set./out./nov. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-11-setembro-2007-ingo%20sarlet.pdf>>. Acesso em 15 dez. 2016.

SILVA, José Afonso. O estado democrático de direito. **Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros**, Rio de Janeiro, v. 34, n. 93, p. 31-42, jul./set., 2000.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.

SUNDFELD, Carlos Ary. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TEIXEIRA, Cristina. **Educação e inclusão social?** Os limites do debate sobre o papel da escola na sociedade contemporânea. 2005. Disponível em: <[http://www.sbsociologia.com.br/portal/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=59&Itemid=171](http://www.sbsociologia.com.br/portal/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=59&Itemid=171)>. Acesso em: 12 dez. 2016.

# NEOCONSTITUCIONALISMO E POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 592.581 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Leila de Morais<sup>1</sup>  
Marcelo Gomes<sup>2</sup>

## RESUMO

Este trabalho apresenta uma análise do julgamento do recurso extraordinário nº 592.581 pelo Supremo Tribunal Federal vis-a-vis os elementos e característica do neoconstitucionalismo, considerando a esfera da relação entre direito e política pública e a cada vez maior tendência de judicialização das políticas públicas como meio de efetivação dos direitos.

**Palavras-chave:** Neoconstitucionalismo, políticas públicas, judicialização, sistema penitenciário.

## ABSTRACT

This paper presents an analysis of the extraordinary appeal of judgment No. 592,581 by the Supreme Court vis-a-vis the elements and feature neoconstitutionalism considering the sphere of the relationship between law and public policy and increasing judicialization trend of public policies as means of enforcing rights.

**Keywords:** Neoconstitutionalism, public policy, legalization, penitentiary system.

## 1 INTRODUÇÃO

---

<sup>1</sup> Aluna de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. Mestre em Desenvolvimento Sustentável pela UnB, servidora pública federal da carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (Esplanada dos Ministérios, bloco K), e-mail leilademorais@gmail.com.

<sup>2</sup> Aluno de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Projeção. Advogado, e-mail marcelo.gomes.x@gmail.com.

As intensas mudanças nos contextos social e jurídico brasileiros iniciadas com o processo de redemocratização marcado pela promulgação da Constituição de 1988 trazem enormes desafios tanto para Administração Pública quanto para o Poder Judiciário.

A extensa carta de direitos e garantias que ressignificou o conceito de cidadania, ao mesmo tempo em que insculpiu a proteção do indivíduo em diferentes áreas (saúde, educação, previdência, direitos humanos, etc.), que tensiona à exaustão a capacidade estatal de responder com a prestação positiva, veio carregada de forte conteúdo axiológico que impõe ao aplicador do direito a difícil tarefa de buscar mecanismos, métodos e metodologias para uma interpretação cautelosa e ao mesmo tempo eficaz, que considere a normatividade desse conteúdo, mas que não extrapole os limites de sua competência e não interfira inapropriadamente os espaços reservados aos demais Poderes.

Esse cenário está presente em um ambiente em que se desenvolve o chamado neoconstitucionalismo e todos os elementos que giram em torno desse fenômeno e que têm provocado uma inflexão na maneira como se entende e se aplica o direito constitucional relativamente a todos os demais ramos do direito, considerando, especialmente, a centralidade da Constituição e a normatividade dos princípios constitucionais.

A lógica dessa nova hermenêutica engloba as análises jurídicas acerca da efetividade dos direitos, que vai resvalar na problemática, sempre presente, da ineficácia das políticas públicas como viabilizadoras da concretização desses direitos.

Diante disso, este trabalho busca trazer à luz alguns elementos para reflexão sobre esses fenômenos, contextualizando o neoconstitucionalismo e apresentando suas características, discorrendo sobre a relação existente entre direito e política pública, passando pela problemática da efetivação dos direitos por meio da judicialização das políticas públicas para, por fim, analisar, à luz

desses elementos, o julgamento do recurso extraordinário nº 592.581 pelo Supremo Tribunal Federal.

Conclui pela importância da atuação do judiciário em casos de flagrante omissão do Estado, mas alerta para uma ação parcimoniosa, cautelosa em relação a decisões que tendem a interferir de maneira radical na esfera de atuação dos demais Poderes, sobretudo quando se trata de definir ou redefinir o conteúdo de políticas públicas, as quais são instrumentos da justiça distributiva do Estado e se caracterizam por serem abrangentes e sistêmicas, sob pena de provocar tensões incorrigíveis na implementação das prioridades da política pública.

## 2 NEOCONSTITUCIONALISMO: CONTEXTO E CARACTERÍSTICAS CENTRAIS

O mundo jurídico tem passado por mudanças paradigmáticas. A transição dos modelos de Estado totalitário para um Estado Democrático de Direito é elemento central para a compreensão e a análise das premissas dessas mudanças, pois nos permite verificar a evolução do papel do ente estatal em relação à sociedade ao longo do tempo, bem como compreender o fenômeno do chamado neoconstitucionalismo e da “prevalência do judiciário sobre os demais poderes”<sup>3</sup>, que vai culminar com a atual denominada judicialização das políticas públicas.

Daniel Sarmento nos alerta que dentre os entusiastas do neoconstitucionalismo há uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política:

[...] há positivistas e não-positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas. Neste quadro, não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque, [...], não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa,

<sup>3</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*; direitos fundamentais: políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Almedina, 2016.



mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa.<sup>4</sup>

Diante dessa diversidade de visões, a compreensão desse fenômeno pode ser facilitada a partir da análise de três marcos elencados por Barroso<sup>5</sup> como fundamentais na sua concepção e no seu desenvolvimento: o histórico; o filosófico; e o teórico.

Do ponto de vista histórico, as transformações mais importantes no Direito Constitucional contemporâneo se deram a partir da redemocratização europeia, após a 2ª Guerra Mundial, destacadamente com a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, e as Constituições italiana (1947), portuguesa (1976) e espanhola (1978).

Até a 2ª Guerra Mundial, prevalecia, na Europa, uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, em que a lei editada pelo parlamento era a fonte principal do Direito e não atribuía força normativa às constituições<sup>6</sup>. Essas eram consideradas como meros documentos políticos, sem efetividade material, não podendo, portanto, ser invocadas perante o judiciário na defesa de direitos. A validade dos direitos fundamentais dependia do seu reconhecimento em lei infraconstitucional e, via-de-regra, não envolvia garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos parlamentos. Acrescente-se a isso o fato de os parlamentos não representarem de fato toda a sociedade, uma vez que, por longo período, o voto não era universal.

<sup>4</sup> SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, Daniel Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 73-113. p. 75-76.

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Barroso. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 99.

<sup>6</sup> SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, Daniel Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 73-113. p. 76-77.

Com a derrota dos regimes totalitários (nazifascistas) e, algumas décadas mais tarde, após o fim de ditaduras de direita, na Espanha e em Portugal, esse quadro começou a sofrer mudança significativa.

As atrocidades cometidas pelos regimes totalitários revelaram de forma indelével a necessidade e a urgência de se

criarem catálogos de direitos e garantias fundamentais para a defesa do cidadão frente aos abusos que poderiam vir a ser cometidos pelo Estado ou por quaisquer detentores do poder em quaisquer de suas manifestações (político, econômico, intelectual etc) bem como mecanismos efetivos de controle da Constituição (jurisdição constitucional).<sup>7</sup>

A reconstitucionalização da Europa redefiniu o papel da Constituição, aproximando as ideias de constitucionalismo e de democracia. Essa aproximação produziu uma nova forma de organização política, fazendo surgir o Estado Democrático de Direito<sup>8</sup>.

No Brasil, foi a Constituição de 1988, elaborada durante o início do processo de redemocratização, que ajudou a iniciar a transição de um Estado autoritário para um Estado Democrático de Direito.

Nas últimas duas décadas, a Constituição, no Brasil, adquiriu importância singular. Sem embargo das inúmeras e constantes alterações constitucionais, a sociedade vem se apropriando cada vez mais dos direitos outorgados pela Constituição brasileira e tem buscado diferentes formas de proteção desses direitos, o que tem contribuído para o fortalecimento de uma cultura jurídica de valorização do “sentimento constitucional”.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> CAMBI, Eduardo. Neopositivismo e Neoprocesso. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, n. 17, 2008. Disponível em: <[https://vitorfreitas.goias.ufg.br/up/662/o/Eduardo\\_Cambi\\_Neoconstitucionalismo\\_e\\_Neoproc\\_essualismo.pdf](https://vitorfreitas.goias.ufg.br/up/662/o/Eduardo_Cambi_Neoconstitucionalismo_e_Neoproc_essualismo.pdf)>. Acesso em: 6 jun. 2016. p. 95.

<sup>8</sup> CAMBI, Eduardo. Neopositivismo e Neoprocesso. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, n. 17, 2008. Disponível em: <[https://vitorfreitas.goias.ufg.br/up/662/o/Eduardo\\_Cambi\\_Neoconstitucionalismo\\_e\\_Neoproc\\_essualismo.pdf](https://vitorfreitas.goias.ufg.br/up/662/o/Eduardo_Cambi_Neoconstitucionalismo_e_Neoproc_essualismo.pdf)>. Acesso em: 6 jun. 2016. p. 95.

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Barroso. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.100.

No que se refere ao marco filosófico, o neconstitucionalismo se caracteriza pela afirmação do pós-positivismo, que emerge da confluência entre o jusnaturalismo e o positivismo. Duas correntes que apresentam paradigmas opostos, mas que se complementam. O pós-positivismo representa a “superação dos dois modelos, passando a um conjunto difuso e abrangente de ideias”<sup>10</sup>. É a superação da filosofia jurídica positivista muito característica dos sistemas romanos germânicos e muito arraigada no pensamento jurídico brasileiro.

Enquanto o jusnaturalismo, considerado subjetivo e anticientífico, aproximou a lei da razão e se transformou na filosofia do Direito Natural, baseando-se em princípios universais de justiça (igualdade, liberdade, fraternidade), o positivismo, em busca de objetividade científica, “equiparou o direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça”<sup>11</sup>.

Em sentido distinto, o pós-positivismo adota uma abordagem conciliadora entre as duas correntes anteriores, fazendo uma leitura dinâmica e articulada de elementos presentes nas duas correntes. Esse novo olhar impresso pelo pós-positivismo abre espaço para reflexões acerca do Direito, da sua função social e da sua interpretação; procura ir além da legalidade estrita, sem desconsiderar o direito posto; faz uma leitura moral do Direito, sem recorrer a figuras metafísicas; e reaproxima Direito e Filosofia.

É a superação da identificação direta do direito com a lei, marcada pelo dogma da lei como expressão da ‘vontade geral’, permitindo a distinção entre as regras e os princípios, conferindo, a estes últimos, força normativa e ampliando, assim, a efetividade constitucional. Nessa nova abordagem, “os princípios jurídicos deixam de ter aplicação meramente secundária, como forma de

---

<sup>10</sup> BARROSO, Luís Barroso. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 100.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Barroso. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 101.

colmatar lacunas, para ter relevância jurídica na conformação judicial dos direitos”<sup>12</sup>.

Segundo Barroso<sup>13</sup>, quatro características definem o positivismo: a) atribuição de normatividade aos princípios e definição de suas relações com valores e regras; b) reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; c) formação de uma nova hermenêutica constitucional; e d) desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais baseada na dignidade da pessoa humana. Assim, nos ensina que:

Nos últimos 20 anos, vive-se no Brasil um processo de superação da visão positivista, não para desprezar a relevância da lei escrita, não para desprezar a importância da segurança jurídica, mas para constatar que vivemos uma época de reaproximação entre o direito e a ética, entre o direito e a filosofia. É nesse ambiente que se vive, no Brasil, um momento de reconhecimento de normatividade de princípios, princípios como a dignidade da pessoa humana, justiça, devido processo legal, que são, na verdade, a porta de entrada dos valores do sistema jurídico. De modo que o pós-positivismo nos liberta da certa dependência absoluta do texto legislado, para reconhecer que há normatividade nos valores e nos princípios ainda quando não escritos. Identifica também uma era em que a **dignidade da pessoa humana passa a ser um princípio fundamental** do qual se irradiam os diferentes direitos fundamentais. O ambiente do novo direito constitucional é esse ambiente pós-positivista, de **normatividade dos princípios, de centralidade dos direitos fundamentais, de reaproximação entre o direito e a ética** <sup>14</sup>. (grifo dos autores).

A percepção sobre a necessidade de proteção do indivíduo em relação aos abusos estatais e da busca de equilíbrio nas relações de poder, a centralidade dos direitos fundamentais, assim como a normatividade dos princípios, contribuiu para a superação do paradigma da validade meramente formal do direito, lançando luz à compreensão de que o direito não pode

<sup>12</sup> CAMBI, Eduardo. Neopositivismo e Neoprocessualismo. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, n. 17, 2008. Disponível em: <[https://vitorfreitas.goias.ufg.br/up/662/o/Eduardo\\_Cambi\\_Neoconstitucionalismo\\_e\\_Neoproc\\_essualismo.pdf](https://vitorfreitas.goias.ufg.br/up/662/o/Eduardo_Cambi_Neoconstitucionalismo_e_Neoproc_essualismo.pdf)>. Acesso em: 6 jun. 2016. p. 97.

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Barroso. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 101.

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito Constitucional e a Constitucionalização do Direito*. 2008. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=0UiYczAzIf4>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

funcionar como mero legitimador da vontade unilateral do Estado. Assim, conceitos como os de razoabilidade, proporcionalidade, senso comum, interesse público, dentre outros, passaram a compor a lógica da aplicação do direito e a informar os limites das relações de poder.

Nesse contexto, Barroso<sup>15</sup> identifica três grandes mudanças de paradigma que caracterizam o neoconstitucionalismo e que revolucionaram a prática do direito constitucional nos últimos 50 anos, no mundo, e últimos 20 anos, no Brasil, são elas:

- i) o reconhecimento da força normativa da constituição, segundo a qual a constituição deixa de ser documento meramente político e passa a ser considerada documento jurídico, dotado de aplicabilidade direta e imediata, na medida de sua densidade jurídica;
- ii) a expansão da jurisdição constitucional, que se dá, em grande medida, pela consolidação do constitucionalismo americano, fundado na centralidade da constituição, no controle de constitucionalidade e, portanto, na supremacia judicial, porque o controle de constitucionalidade passa a ser feito por órgão judicial; e
- iii) o desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional, mediante o surgimento de novas categorias de interpretação constitucional. Como grande parte das normas mais relevantes das modernas constituições caracteriza-se pela abertura e indeterminação semântica – são mais princípios do que regras<sup>16</sup>, os elementos tradicionais da interpretação jurídica (gramatical, histórico, sistemático, teleológico) revelaram-se insuficientes para a interpretação constitucional e, no âmbito da dogmática da hermenêutica constitucional, desenvolveram-se ou aprofundaram-se novas categorias como o emprego da técnica de cláusulas gerais, a normatividade dos princípios, o reconhecimento das colisões de normas constitucionais - seja de princípios ou de direitos fundamentais, a necessidade de ponderação como técnica de decisão e a reabilitação da argumentação jurídica como fundamento de legitimidade das decisões criativas do poder judiciário.

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Barroso. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 102-111.

<sup>16</sup> SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, Daniel Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 73-113. p. 78.

Nesse sentido, Daniel Sarmento<sup>17</sup> nos ensina que:

A necessidade de resolver tensões entre princípios constitucionais colidentes - frequente em constituições compromissórias, marcadas pela riqueza e pelo pluralismo axiológico - deu espaço ao desenvolvimento da técnica da ponderação, e tornou frequente o recurso ao princípio da proporcionalidade na esfera judicial. E a busca de legitimidade para estas decisões, no marco de sociedades plurais e complexas, impulsionou o desenvolvimento de diversas teorias da argumentação jurídica, que incorporaram ao Direito elementos que o positivismo clássico costumava desprezar, como considerações de natureza moral, ou relacionadas ao campo empírico subjacente às normas.

Nessa dinâmica, a Constituição passa a desfrutar de supremacia material e axiológica, tornando-se o centro do sistema jurídico. Com isso, ela afasta o direito civil - historicamente considerado o próprio direito comum - desse espaço de centralidade e com ele desloca-se também “a própria dualidade radical entre direito público e direito privado”<sup>18</sup>.

A centralidade da Constituição no sistema jurídico faz surgir o fenômeno de ‘filtragem constitucional’ ou, nas palavras de Barroso, “constitucionalização do direito”<sup>19</sup>, que é a leitura de todo o direito infraconstitucional, de todo o ordenamento jurídico à luz da Constituição. Nesse processo, a Constituição “passa a ser uma lente, um filtro, através do qual se devem ler e interpretar as categorias e os institutos de todos os ramos do direito”<sup>20</sup>.

Com todas essas mudanças, a importância política do Poder Judiciário ganhou destaque no contexto democrático. Tornou-se cada vez mais frequente serem apresentadas, à apreciação dos magistrados, nas diferentes instâncias,

<sup>17</sup> SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, Daniel Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 73-113. p. 78-79.

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito Constitucional e a Constitucionalização do Direito*. 2008. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=0UiYczAzIf4>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

<sup>19</sup> BARROSO, Luís Barroso. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, Daniel Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 73-113.

<sup>20</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito Constitucional e a Constitucionalização do Direito*. 2008. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=0UiYczAzIf4>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

questões polêmicas e relevantes para a sociedade, desde demandas circunscritas a interesses individuais, a demandas que englobam interesses difusos e coletivos, esses últimos, muitas vezes em razão de ações propostas por grupo político ou social que tivera sua posição contrariada no campo legislativo ou na arena política.

Assim, no novo desenho institucional do Estado Contemporâneo, o Poder Judiciário exerce papel de destaque, de poder, de influência e, por vezes, porque não dizer, até de ingerência. De fato, há entre os estudiosos do neoconstitucionalismo espaço de convergências e também de divergências, sobretudo no que diz respeito ao espaço que a Moral ocupa nas teorias e métodos explorados e desenvolvidos no âmbito do neoconstitucionalismo. Tratá-las sem o devido aprofundamento prático-teórico, seria correr o risco de apequenar o debate, dessa feita, sem a intenção de esgotar o tema, mas tão-somente de clarear as principais características e como elas se expressam no mundo jurídico, arriscamos um quadro-síntese, que segue abaixo.

**Tabela 1** - Síntese das principais características do neoconstitucionalismo <sup>21</sup>

Características	Como se expressam
Centralidade do texto constitucional.	Todo o ordenamento jurídico passa a ser interpretado à luz dos princípios, valores e normas constitucionais, reconhecendo a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica e o papel criativo da jurisprudência <sup>22</sup> .

<sup>21</sup> Elaborado, especialmente, com base em SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, Daniel Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 73-113. e XIMENES, Júlia Maurmann. *Curso de aperfeiçoamento: direito e estado constitucional*. Brasília: ENAP, 2016.

<sup>22</sup> “Ao reconhecer a força normativa de princípios revestidos de elevada carga axiológica, como dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social, o neoconstitucionalismo abre as portas do Direito para o debate moral.” SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, Daniel Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 73-113.

Papel acentuado dos juízes sobre o dos legisladores (interpretação constitucional).	Maior legitimidade das teorias democráticas substantivas, menos rigidez à atuação do Poder Judiciário, cedendo espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais, o que possibilita que os juízes não eleitos fiscalizem a atividade legislativa, ampliando as possibilidades de controle difuso.
Afirmação dos princípios sobre as regras.	Reconhecimento da força normativa dos princípios. O sentido axiológico orienta a interpretação das regras, que não detém a exclusividade de ditar o direito. Eleva-se o <i>status</i> de princípios como dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social.
Mais ponderação do que a subsunção.	Os operadores do direito exercitam a “procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os “casos difíceis” do Direito” <sup>23</sup> , valorizando a razão prática no âmbito jurídico.
Operadores do Direito agem mais no sentido de concretizar a norma.	Buscam a efetividade do direito por meio do desenvolvimento da argumentação jurídica, incorporando ao Direito elementos de natureza ética e moral ou relacionadas ao campo empírico subjacente às normas.

Fonte: Elaboração própria.

A forma pela qual essas características reverberam no ambiente institucional demonstra que o neoconstitucionalismo, ao empoderar a Constituição, os valores e princípios e, assim, a atuação judiciária, ele situa as dimensões social e política no centro do Direito e dá centralidade sistêmica ao debate sobre a efetividade desse Direito e sobre formas de aproximá-lo de seus titulares.

Não obstante a importância irrefutável de se tornar o Direito mais efetivo e de se fazer concretizar a norma, não se pode perder de vista que, quando o neoconstitucionalismo torna o Poder Judiciário, e consequentemente os juízes, o protagonista do processo de proteção das promessas civilizatórias contidas nos textos constitucionais, o Direito passa a ser “analisado sobretudo a

<sup>23</sup> SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, Daniel Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 73-113.



partir de uma perspectiva interna, daquele que participa dos processos que envolvem a sua interpretação e aplicação, relegando-se a um segundo plano a perspectiva externa, do observador”. Com isso, incorre-se na relativa desconsideração do papel desempenhado por outros atores do arranjo institucional estatal, como o Poder Legislativo, na interpretação constitucional, e o Poder Executivo, na formulação e na implementação de políticas públicas.

Nesse sentido, importa compreender como se dá a relação entre Direito e Políticas Públicas, para uma melhor análise do neoconstitucionalismo sobre o processo prestacional do Estado, pela via de políticas públicas.

### 3 DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS

O estudo das relações existentes entre o direito e as políticas públicas não é tarefa fácil e engloba um espectro de questões relativas a diferentes ordens: conceituais, semânticas, metodológicas, teóricas e práticas. Isso porque, apesar de o tema políticas públicas ser interdisciplinar e abranger diversas áreas do conhecimento (ciência política, economia, administração pública, etc.) ainda é pouco estudado e compreendido no meio jurídico.

Para Diogo Coutinho, a despeito de os juristas serem, a todo tempo demandados a opinar e decidir sobre políticas públicas em todas as diferentes fases de seu processo, no Brasil, esses juristas “estudam pouco as políticas públicas e o fazem com recursos metodológicos escassos e frágeis”<sup>24</sup>. Segundo o autor:

A disciplina do direito tem uma relação um tanto ambígua com o campo transversal das políticas públicas. Se, de um lado, quando desempenham os papéis de gestores, administradores ou procuradores, os juristas interagem com elas intensamente (moldando-as e operando-as), de outro lado delas mantêm, como cientistas sociais, uma reveladora distância.

A compreensão de políticas públicas, então, não pode abrir mão da exploração de toda a densa literatura resultante de estudos e pesquisas em

<sup>24</sup> COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Orgs.). *Política Pública como campo disciplinar*. São Paulo: UNESP, 2013. p. 181-200, p. 3.

outras áreas do conhecimento. Muitas são as definições e elas evoluem ou se alteram no tempo e no espaço, sobretudo em razão do componente político que as orienta. Assim, os conceitos e definições que giram em torno do tema sofrem influência direta dos modelos de Estado e dos sistemas de governo em que são formuladas e implementadas.

Reinaldo Dias e Fernanda Matos nos informam que o conceito de política pública

[...] pressupõe que há uma área de domínio da vida que não é privada ou somente individual, mas que existe em comum com outros. Essa dimensão comum é denominada propriedade pública, não pertence a ninguém em particular e é controlada pelo governo para propósitos públicos.<sup>25</sup>

Nesse sentido, o governo, como o principal gestor e executor dos recursos públicos, tem a atribuição precípua de atender e resolver os problemas e executar o processo integral de planejamento, formulação, implementação e avaliação de políticas públicas de modo coordenado e permanente, integrando ações e otimizando recursos, para a promoção do interesse público.

Nesse diapasão, caberia uma primeira definição de política pública como “um conjunto de princípios, critérios e linhas de ação que garantem e permitem a gestão do Estado na solução dos problemas nacionais”<sup>26</sup>.

Política pública também pode ser compreendida como ações governamentais que buscam “estabelecer condições de equidade no convívio social, tendo por objetivo dar condições para que todos possam atingir uma melhoria da qualidade de vida compatível com a dignidade humana”<sup>27</sup>.

Larry Gerston, ao estudar os processos e princípios do public policy making, considera a seguinte definição: “is the combinantion of basics

<sup>25</sup> DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 11.

<sup>26</sup> DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 12.

<sup>27</sup> DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 12.

decisions, commitments and actions made by those who hold or influence government positions of authority”<sup>28</sup>. Segundo ele, os arranjos de políticas públicas resultam das interações entre os atores que demandam mudanças, os que tomam as decisões e os que são afetados pela política.

As definições de políticas públicas nos informam que o tema engloba tanto conteúdo de governo como também de Estado. Nesse sentido, não há como fugir da interseção existente entre Direito e Política Pública. Segundo Maria Paula Dallari Bucci,

Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são ‘metas coletivas conscientes’ e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato.<sup>29</sup>

Isso se confirma quando a própria Constituição enuncia, ao longo de todo o seu texto, as políticas públicas como o meio de o Estado exercer sua atividade prestacional, o exemplo clássico é o do art. 196 que dispõe, *in verbis*:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, **garantido mediante políticas sociais e econômicas** que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (grifo dos autores).

Nesse contexto, as políticas públicas se exteriorizam mediante uma diversidade de instrumentos e mecanismos mediados por códigos, leis, decretos, regulamentos, portarias, circulares e outras espécies de normas que movimentam e dão vida aos seus processos.

Para Maria Paula Dallari Bucci<sup>30</sup>, a forma mais comum de exteriorização de uma política é mediante planos, que são materializados por meio de lei, a qual estabelece os objetivos da política, os instrumentos de sua realização e as condições de sua implementação. A implementação bem-sucedida de uma

<sup>28</sup> GERSTON, Larry. N. *Public Policy Making: process and principles*. New York: M. E. Sharp, 2010. p. 7.

<sup>29</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241.

<sup>30</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

política pública tem por consequência a materialização de um direito, que antes era apenas abstrato, e a sua aproximação de seu titular.

A competência sobre a decisão em políticas públicas é do Poder Legislativo e da autoridade governamental, a sua execução compete à Administração, não obstante, em razão da complexidade do processo de produção da política, que contém elementos fundamentais da órbita do aparelho burocrático (atribuição de responsabilidades, *expertise*, distribuição de tarefas, coordenação de ações e atores, dentre outros), a Administração participa ativamente de todas as fases desse processo, incluindo a análise e a formulação dos pressupostos que sustentam a política, destacando seu papel na “determinação e conformação material das leis e das decisões políticas a serem executadas no nível administrativo”<sup>31</sup>.

Em face de todo o exposto, percebe-se que é irrefutável a relação entre Direito e Política Pública e que, como ensina Maria Paula Dallari Bucci<sup>32</sup>, partindo-se do direito constitucional e perpassando pelo direito administrativo encontra-se o ambiente jurídico em que se deve tratar a questão relativa à efetividade o direito público, que deve se articular em torno da ideia de políticas públicas, para a concretização dos direitos.

Essa visão ainda é nova no Brasil, diferente do direito americano - em que as políticas públicas são institutos incorporados ao direito público, e desafia uma conceituação jurídica que aproxime as noções de direito público e políticas públicas, que permita desenvolver a análise jurídica “de modo a tornar operacional o conceito de política, na tarefa de interpretação do direito vigente e de construção do direito futuro”<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 248-249.

<sup>32</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>33</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 255.

Nesse sentido, importa apontar, mesmo que sucintamente, os papéis do direito nas políticas públicas<sup>34</sup>.Diego Coutinho discorre com propriedade sobre esses papéis e assevera que:

[...] é possível observar e compreender os papéis do direito nas políticas públicas, seria também possível, em tese, aperfeiçoá-las desde uma perspectiva jurídica. A perspectiva adotada é, por isso, funcional - no sentido específico de que busca estudar e questionar as funções desempenhadas pelo direito. Outro ponto de partida é a suposição de que se é possível desdobrar políticas públicas em um emaranhado de normas, processos e arranjos institucionais mediados pelo direito, também é possível observar o direito nas políticas públicas sem dissecá-lo, isto é, enxergando-o como um elemento intrínseco, como um componente central de tais políticas[...].

O autor analisa o papel do direito em todo o ciclo das políticas públicas (formulação, implementação e gestão de políticas públicas), a partir o ponto de vista da administração pública (direta e indireta), e considerando que, uma vez compreendidos esses papéis, os juristas terão melhores condições de colaborar para o aperfeiçoamento das políticas e, com isso, aumentará a capacidade estatal de tornar mais efetivos e eficazes direitos.

Tabela 2 - Síntese dos papéis do direito nas políticas públicas, segundo Diego Coutinho<sup>35</sup>

	Direito como objetivo	Direito como arranjo institucional	Direito como ferramenta	Direito como vocalizador de demandas
Ideia-chave	Direito positivo cristaliza opções políticas e as formaliza como normas cogentes, determinando o que <i>deve ser</i>	Direito define tarefas, divide competências, articula e coordena relações intersetoriais no setor público e entre este e o setor privado	Como “caixa de ferramentas”, direito oferece distintos instrumentos e veículos para implementação dos fins da política	Direito assegura participação, <i>accountability</i> e mobilização

<sup>34</sup> Para mais detalhes sobre os papéis do direito nas polítcas públicas, ver COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Orgs.), *Política pública como campo disciplinar*. São Paulo: UNESP, 2013. p. 181-200.

<sup>35</sup> COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Orgs.), *Política pública como campo disciplinar*. São Paulo: UNESP, 2013. p. 23.

<b>Perguntas-chave</b>	Quais os objetivos a serem perseguidos por políticas públicas? Que ordem de prioridades há entre eles?	Quem faz o que? Com que competências? Como articular a política pública em questão com outras em curso?	Quais são os meios jurídicos adequados, considerando os objetivos?	Quem são os atores potencialmente interessados? Como assegurar-lhes voz e garantir o controle social da política pública?
<b>Dimensão</b>	Substantiva	Estruturante	Instrumental	Participativa

Fonte: Coutinho, 2013.

A lógica de construção do entendimento sobre direito e políticas públicas de Coutinho e de Bucci encontram convergência no sentido que demonstram que a política não se externaliza sem o direito, mas o direito não é elemento suficiente da política, embora seja fundamental e exerça papéis relevantes em todo o ciclo das políticas. A política pública, enquanto processo, não é um ato estanque, paralisado no tempo, é uma atividade ativa, contínua e em constante adaptação, ajustes, avaliações. Nesse sentido, não pode ser confundida com as categorias das normas e dos atos jurídicos e se tornar refém da rigidez que lhes é própria. Ela necessita de certa flexibilidade “que permita experimentações, revisões e a incorporação de aprendizados, além de assegurar prestação de contas e controle democrático”<sup>36</sup>, para que se possa imprimir à política pública uma dinâmica virtuosa que permita concretizar seus objetivos ao mesmo tempo em que se retroalimenta e recebe *inputs* de atores externos para o seu aprimoramento.

#### 4 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS: JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Como visto no item 1, o neoconstitucionalismo compõe, atualmente, a realidade no âmbito do Direito Constitucional, uma vez que o entendimento axiológico passa a difundir princípios por todo ordenamento jurídico, centrando-se primordialmente no princípio da dignidade da pessoa humana,

<sup>36</sup> COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Orgs.), *Política pública como campo disciplinar*. São Paulo: UNESP, 2013. p. 28.

que impõe limites e atuações positivas ao Estado, com o intuito de que sejam atendidas as necessidades vitais do indivíduo.

Não obstante as diferentes posições sobre a pertinência e a qualidade<sup>37</sup> da aplicação dos métodos desenvolvidos pelo neoconstitucionalismo, a prática, no Brasil, tem-se intensificado especialmente nas instâncias Superiores e nas primeiras instâncias do Judiciário<sup>38</sup>, sendo fortalecida, dentre outros aspectos, pela construção jurisprudencial da Corte Suprema e pelo fato de que as novas gerações dos profissionais do direito têm na base de sua formação a concepção do neoconstitucionalismo, notadamente, no que diz respeito à centralidade constitucional e à força normativa dos princípios.

Nesse contexto, pode-se dizer que o neoconstitucionalismo, hoje, no Brasil, não se trata de mera retórica, mas de um método, em construção, que encontra a ambiência propícia para o seu largo desenvolvimento, seja pela orientação que emana das decisões das instâncias superiores do judiciário, seja pelo novo foco da formação dos nossos juristas, seja pelo ponto de inflexão do debate sobre o papel do Estado na concretização de direitos e das políticas públicas como instrumento dessa concretização.

Nesse diapasão, a política pública é reiteradamente confrontada no espaço jurídico frente ao dever de prestação positiva do Estado e a sua

---

<sup>37</sup> Sobre a qualidade das argumentações jurídicas acerca da aplicação de princípios nas decisões judiciais brasileiras, ver COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Orgs.). *Política Pública como campo disciplinar*. São Paulo: UNESP, 2013.; SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLETT, Daniel Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011.

<sup>38</sup> Segundo Sarmento, é possível verificar que a penetração das novas ideias associadas ao neoconstitucionalismo é forte na cúpula e na base da hierarquia judicial, mas ainda tímida nos seus escalões intermediários. No primeiro caso em razão de uma postura ativista que estimula a apresentação de demandas à sua apreciação. Além disso, essas demandas, cada vez numerosas, caracterizam-se por tratarem de questões com forte conteúdo moral, como as discussões sobre a validade de pesquisa em células-tronco embrionárias, aborto de feto anencéfalo, e união entre pessoas do mesmo sexo. Acrescente-se a isso que o STF passou intervir de forma mais ativa no processo, adotando decisões que influenciam diretamente a atuação dos demais Poderes. No caso das instâncias da base, boa parte dos juízes de 1º grau teve a sua formação num ambiente acadêmico que já valorizava o Direito Constitucional, e reconhecia a força normativa dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais. Assim, eles tendem a levar para a sua prática profissional esta visão do Direito. SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLETT, Daniel Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011.

incapacidade, ou em alguns casos, aparente incapacidade, de prover os direitos. Trata-se da chamada judicialização das políticas públicas, que, no Brasil, pode ter sua ocorrência situada historicamente a partir da redemocratização, com a Constituição de 1988, a qual deu novo e mais substantivo sentido ao conceito de cidadania, que fortaleceu e empoderou o Poder Judiciário e que ampliou as possibilidade de controle de constitucionalidade<sup>39</sup>. Segundo Barroso, a tendência da judicialização não é nova e é crescente, ele informa que:

Nos últimos anos, o STF pronunciou-se ou iniciou a discussão em temas como: (i) Políticas governamentais, envolvendo a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição de inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça); (ii) Relações entre Poderes, com a determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebras de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal; (iii) Direitos fundamentais, incluindo limites à liberdade de expressão no caso de racismo (Caso Elwanger) e a possibilidade de progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos. Deve-se mencionar, ainda, a importante virada da jurisprudência no tocante ao mandado de injunção, em caso no qual se determinou a aplicação do regime jurídico das greves no setor privado àquelas que ocorram no serviço público.<sup>40</sup>

Ainda nas palavras de Barroso, “a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política”<sup>41</sup>, no que não se confunde com ativismo judicial o qual se expressa por condutas do tipo:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em

<sup>39</sup> BARROSO, Luís Barroso. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 6 jun. 2016.

<sup>40</sup> BARROSO, Luís Barroso. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 6 jun. 2016.

<sup>41</sup> BARROSO, Luís Barroso. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 6 jun. 2016.



critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas<sup>42</sup>

Tendo na judicialização a porta de entrada para a solução de um determinado problema e encontrando a ambiência propícia para aplicação dos preceitos do necoconstitucionalismo - que tem como pressuposto basilar a elevação substantiva de princípios e valores, notadamente, o da dignidade da pessoa humana, é que, em nosso sistema constitucional, tem-se verificado a intervenção judicial na atuação dos demais Poderes, para que seja assegurado o conteúdo mínimo de tais princípios e valores e seja entregue o direito ao seu titular em qualquer situação em que este se encontre.

Esse procedimento de intervenção, que, por vezes, se caracteriza pelo ativismo judicial<sup>43</sup>, ressoa quando há falha, ou aparente falha, do Estado no cumprimento de seus deveres, tendo como objetivo garantir condições humanas de vida e desenvolvimento da personalidade da pessoa. Assim, o Poder Judiciário vem sendo chamado a suprir a omissão, ou aparente omissão, dos demais Poderes.

Não há dúvida de que o juiz não legisla, tampouco é executor de políticas públicas. Mas isso não significa que deve ser omissor diante do caso concreto levado ao Poder Judiciário, pois o princípio da inafastabilidade de jurisdição<sup>44</sup> exprime a principal garantia de direitos subjetivos do cidadão, sendo esse postulado um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, segundo Alexandre de Moraes<sup>45</sup>:

O Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade de ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de

<sup>42</sup> BARROSO, Luís Barroso. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 6 jun. 2016.

<sup>43</sup> Essa é a denominação que a doutrina pátria adotou para estudo do tema, apesar da restrição quanto a utilização do termo pelos Ministros Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes, como visto no julgamento do Recurso Extraordinário 581.592 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

<sup>44</sup> Constituição Federal, Art. 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>45</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º à 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 197.

prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue.

Diante disso, seria possível o entendimento de que a implementação de políticas públicas por parte do Poder Judiciário em caso de omissão estatal encontra respaldo na aplicabilidade dos direitos sociais e no princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente quando visa atender às condições materiais mínimas de existência do cidadão.

O julgador não pode substituir o Poder Executivo na gestão pública, tampouco pode pretender fazê-lo, ainda que por substituição do gestor público. Mas não há dúvida que ele – o Poder Judiciário – pode compelir, através de medidas eficazes, ainda que circunscrito às escolhas políticas do gestor público, o cumprimento do programa constitucional vinculante, que compreende precisamente a dignidade da pessoa humana.

Não se pode olvidar, que compete ao Poder Judiciário a concreção dos direitos fundamentais, sendo essa a obrigação principal desse Poder, ainda que provenientes de normas constitucionais, ordinárias, regulamentares e internacionais.

Por outro lado, não resta dúvida, como explicitado no item anterior, que a política pública se estabelece mediante um complexo processo que envolve uma diversidade de atores (estatais e não estatais, incluindo os que fazem a política, os que influenciam a política e os são por ela beneficiados); que se desenrola em diversas etapas, desde sua análise, formulação, implementação e avaliação, demandando, assim, alta capacidade de coordenação e articulação, para que expresse, de forma coesa, os diferentes e, por vezes, divergentes interesses que devem ser negociados em sucessivas rodadas de aprofundamento e aprimoramento da política.

Como bem relacionou e encadeou Ana Paula Barcelos,

(i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins

constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; logo (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e dispêndio de recursos públicos.<sup>46</sup>

A política pública, portanto, não pode ser objeto de abruptas intervenções por parte de atores que não têm conhecimento particularizado sobre os objetivos, as prioridades, as limitações e o alcance da política, sob pena de causar graves tensões no cumprimento do planejamento desenhado, tanto no que se refere ao efeito distributivo da política quanto ao que se refere ao impacto que pode causar um possível remanejamento de recursos em detrimento das prioridades da própria política ou de outras, uma vez que os recursos são escassos.

Assim, entende-se que se deve buscar o equilíbrio da atuação judicial, considerando que não se pode caracterizar pela omissão judicial, que muitas vezes ocorre de forma reiterada, mas também não pode enveredar pela sedução do ativismo, que, em determinadas circunstâncias e condições, pode não trazer o resultado mais apropriado para o alcance dos objetivos da política e, em consequência, para a concretização dos princípios constitucionais que requisitam uma justiça distributiva, devendo, o magistrado, sob motivos justificáveis, objetivamente expostos e com a devida fundamentação, ponderar sobre a dignidade jurídica da questão trazida ao seu conhecimento e o impacto de sua decisão sobre o sistema que viabiliza a política pública e o seu alcance.

No caso que será estudado, não se pode perder de vista, entretanto, que a reiterada omissão do Estado brasileiro em oferecer condições de vida minimamente digna aos detentos exige uma intervenção enérgica do Judiciário para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurada, não havendo margem para qualquer discricionariedade por parte das autoridades prisionais no tocante a esse tema.

---

<sup>46</sup> BARCELOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 83-103, abr./jun. 2005. p. 83.

Quando se trata de norma constitucional de conteúdo programático e caráter cogente, é contundente o papel do Poder Judiciário na determinação de que sejam implementadas as políticas públicas não efetivadas pelo Poder Público, sem que o ativismo judicial implique violação à cláusula pétrea da separação de Poderes ou inviabilize de forma abrupta a realização da política.

Conforme se demonstrará doravante, diante da inércia do Poder Executivo na implementação de política pública voltada para transmutar o péssimo quadro da realidade carcerária, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar.

## **5 RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 592.581 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

As dificuldades do Poder Público, e aqui englobam-se o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, em tratar com dignidade o cidadão preso e pensar o sistema carcerário brasileiro dentro de seu propósito de ressocialização são notórias. Dados do Ministério da Justiça do primeiro semestre de 2014 demonstram que o Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo<sup>47</sup>.

Dentro desse trágico contexto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) foi instado a se pronunciar no julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.581 sobre a possibilidade de imposição, pelo Poder Judiciário, de realização de obras em presídios, com o intuito de preservar as garantias dos direitos fundamentais dos cidadãos presos.

A princípio, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) entendeu que não caberia ao Poder Judiciário adentrar em matéria reservada à Administração Pública, no que se refere à determinação de que a Administração Pública venha a realizar obras ou reformas emergenciais em presídios para garantir os direitos fundamentais dos presos, como sua integridade física e moral, após a decisão do juízo de primeira instância determinar a reforma do

---

<sup>47</sup> BRASIL tem 4ª maior população carcerária do mundo, diz estudo do MJ. *UOL Notícias*. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/06/23/priso-es-aumentam-e-brasil-tem-4-maior-populacao-carceraria-do-mundo.htm>>. Acesso em 02 set. 2016.

estabelecimento prisional no prazo de seis meses, mesmo reconhecendo a situação degradante dos presos.

Não conformado com o acórdão do Tribunal de Justiça de origem, o Ministério Público gaúcho recorreu ao STF, sustentando que a norma contida no artigo 5º, inciso XLIX da Constituição Federal<sup>48</sup> teria aplicabilidade imediata, não sendo possível a mera alegação de que questões de ordem orçamentária impediriam a implementação de políticas públicas que visassem garanti-los, diante da configuração de interesse de natureza geral, consubstanciando direito fundamental de observância obrigatória pelo Estado na preservação da integridade física e moral dos presos.

O *Parquet*, em resumo, requereu que o Governo do Rio Grande do Sul fosse obrigado a realizar, “no prazo de seis meses, obras de reforma geral no Albergue Estadual de Uruguaiana”, em conformidade com a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, em 22/10/2009.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso extraordinário, pois (i) a questão seria capaz de influir concretamente e de maneira generalizada numa grande quantidade de casos que dizem respeito à garantia de direito fundamental, (ii) a reserva do possível não constitui justificativa para que o Poder Executivo possa se eximir das obrigações impostas pela Constituição e pela Lei de Execução Penal e (iii) o péssimo estado de conservação do albergue ou a morte de um sentenciado devido às más condições das instalações elétricas não teriam sido contestados, tampouco restou demonstrada a inexistência de recursos orçamentários.

Admitiu-se o ingresso na presente relação processual, na qualidade de *amicus curiae*, dos seguintes entes políticos: União Federal, Estados do Acre, Amazonas, Espírito Santo, Minas Gerais, Piauí, Rondônia, Bahia, Roraima,

---

<sup>48</sup> Art. 5º, XLIX: “é assegurado aos presos o respeito à sua integridade física e moral.”

Amapá, Santa Catarina, Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro, São Paulo e Pará, bem como o Distrito Federal.

Durante o julgamento, o Ministro Relator do caso Ricardo Lewandowski, em profundo voto, fazendo apanhado de todo o contexto histórico atrelado ao momento atual das prisões brasileiras, acrescido de dados numéricos e orçamentários, concluiu que o Poder Judiciário não pode se omitir quando os órgãos competentes comprometem a eficácia dos direitos fundamentais individuais e coletivos, no caso específico do Poder Executivo, cujas legislações constitucional e, especialmente, infraconstitucional<sup>49</sup> estabelecem uma série de normas e diretrizes, com o objetivo primordial da ressocialização do cidadão preso.

Não se pode ignorar que a proteção e a promoção da dignidade do ser humano deverá nortear todo ordenamento constitucional, com imposição ao Estado de obrigação de conferir eficácia *plena*<sup>50</sup> e aplicabilidade *direta, imediata*<sup>51</sup> e *integral* ao aludido artigo constitucional, com condições minimamente dignas a quem se encontra privado de liberdade.

Em seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski, que presidia a Corte, sustentou que restaram claras inúmeras situações subumanas, violadoras do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, sendo que no caso concreto um preso chegou a morrer eletrocutado, em consequência das péssimas condições do estabelecimento.

<sup>49</sup> Aqui se destaca a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, que instituiu a Lei de Execução Penal, que compõe o arcabouço normativo sobre o tratamento do preso, com seus deveres, direitos e disciplina, além das incumbências impostas ao Poder Executivo, no que diz respeito a política pública do sistema criminal, e ao Poder Judiciário, quanto a competência do juiz da execução.

<sup>50</sup> Segundo José Afonso da Silva na categoria de norma constitucional de eficácia plena “incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto.” SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003

<sup>51</sup> José Afonso da Silva leciona que as normas constitucionais de eficácia plena “são de aplicabilidade imediata, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade. No dizer clássico, são autoaplicáveis. As condições gerais para essa aplicabilidade são a existência apenas do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se só pelo fato de serem normas jurídicas, que pressupõem, no caso, a existência do Estado e de seus órgãos.” SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 101-102.

O Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, afirmou em sua manifestação que o sistema penitenciário brasileiro poderia ser comparado aos cárceres medievais, não se sustentando a alegação do governo do Rio Grande do Sul de que, por conta da situação fiscal, não seria possível acolher a decisão judicial de melhorias no estabelecimento prisional, concluindo que uma decisão do STF em favor da tese valeria como o princípio de uma reforma no quadro do sistema carcerário brasileiro.

Em sentido contrário, se manifestaram a União Federal, por intermédio da Advocacia Geral da União, e o Estado do Rio Grande do Sul, que pretendiam ver mantida a decisão do acórdão do Tribunal de origem, que convergia para o entendimento de que não cabe ao Judiciário determinar que o Poder Executivo realize obras em estabelecimento prisional, “sob pena de ingerência indevida em seara reservada à Administração”, aqui frente ao princípio da reserva do possível<sup>52</sup> e ainda ao princípio da separação dos poderes<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> Válido aqui fazer breves apontamentos sobre o princípio da reserva do possível, que estaria vinculado a escassez de recursos financeiros para implementação de políticas públicas. Mas seria tal princípio direito fundamental? Para os autores Gustavo Amaral e Flávio Galdino apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 302. Que considera não se tratar de elemento de restrição à efetividade do direito fundamental, mas sim como uma medida condicional da própria existência do direito, pois “exigem – para a sua realização – um conjunto de medidas positivas por parte do poder público, que abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para a sua proteção e implementação. Em sentido oposto, Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo não enquadram a reserva do possível como direito fundamental, descrevendo in Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 30: “Por outro lado, não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte de seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.”

<sup>53</sup> Para José Afonso da Silva: “Esse é um princípio geral do Direito Constitucional que a Constituição inscreve como um dos princípios fundamentais que ela adota. Consta de seu art. 2º que *são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*. Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário são expressões com duplo sentido. Expressam, a um tempo, as funções legislativa, executiva e jurisdicional e indicam os respectivos órgãos, conforme descrição e discriminação estabelecidas no título da *organização dos poderes* (respectivamente, no arts. 44 a 75, 76 a 91 e 92 a 135). SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Entendida a demanda, discute-se, então, a política pública voltada à manutenção digna do sistema prisional, servindo de marco legal a Lei n.º 7.210/1984, a denominada Lei de Execuções Penais, além de vasto arcabouço normativo interno do Poder Executivo.

Não há dúvida de que a política pública trazida na Lei de Execuções Penais se harmoniza com a expressa previsão no inciso XLIX do artigo 5º da Constituição Federal, no que diz respeito ao entendimento de que nos dias atuais a pena busca a função de ressocializar o cidadão preso, com o escopo de reintroduzi-lo no convívio social, cumprido o papel da pena e seu correspondente débito para com a sociedade.

A despeito de toda essa pretensão constitucional e infraconstitucional, destaca-se que as penitenciárias não constituem instituições capazes de viabilizar a reintegração do delinquente na coletividade e tampouco conferir-lhe racionalidade e proporcionalidade como retribuição pelo crime cometido.

Assim, é flagrante que seu escopo não vem sendo alcançado, como efusivamente relatado no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, o que resulta no agravamento do natural sentido de revolta ou mesmo de injustiça inerente às penas restritivas de liberdade, sendo comum o retorno à reincidência na prática do mesmo ou de outros crimes.

Contudo, é certo que, como bem pontuado pelo Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto no Recurso Extraordinário ora debatido, “a centralidade do valor da dignidade da pessoa humana em nosso sistema constitucional permite a intervenção judicial para que seu conteúdo mínimo seja assegurado aos jurisdicionados em qualquer situação em que estes se encontrem” e ainda que “é chegada a hora de o Judiciário fazer jus às elevadas competências que lhe foram outorgadas pela Constituição Federal, assumindo o status de Poder do Estado, principalmente quando os demais Poderes estão absolutamente omissos na questão dos presídios”.



Assim, em síntese, a ementa da decisão do Recurso Extraordinário, na forma em que apresentada pelo Eminentíssimo Relator Ministro Ricardo Lewandowski:

Repercussão geral. Recurso do MPE contra acórdão do TIRS. Reforma de sentença que determinava a execução de obras na casa do albergado de Uruguaiana. Alegada ofensa ao princípio da separação dos poderes e desbordamento dos limites da reserva do possível. Inocorrência. Decisão que considerou direitos constitucionais de presos meras normas programáticas. Inadmissibilidade. Preceitos que têm eficácia plena e aplicabilidade imediata. Intervenção judicial que se mostra necessária e adequada para preservar o valor fundamental da pessoa humana. Observância, ademais, do postulado da inafastabilidade da jurisdição. Recurso conhecido e provido para manter a sentença cassada pelo tribunal.

I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais.

II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial.

III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal.

IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes.

V - Recurso conhecido e provido.

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski, em conclusão contrária àquela proferida pelo Tribunal de Justiça de origem, entendeu que não seria possível cogitar de hipótese na qual o Poder Judiciário estaria ingressando indevidamente em seara reservada à Administração Pública, uma vez que se está diante de clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda, cumprindo ao Judiciário, por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção.

O Plenário do STF acolheu de forma unânime o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, assentando que o Poder Judiciário tem competência para agir no sentido de garantir aos presos tratamento penitenciário digno, como forma de

preservar seus direitos fundamentais, e concordaram que o Ministério Público detém legitimidade para requerer em juízo a implementação de políticas públicas pelo Poder Executivo.

Nesse sentido, o Plenário do Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese de repercussão geral:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

Dessa forma, caberia ao Poder Judiciário intervir para que o conteúdo do sistema constitucional fosse assegurado ao cidadão preso, quando há evidente caos institucional capaz de comprometer a efetividade do sistema como instrumento de ressocialização.

Assim, permite-se aos juízes o poder geral de cautela de modo a conceder medidas atípicas, no intuito de assegurar a efetividade do direito frente a atos atentatórios à integridade física e moral dos detentos e o respectivo processo de “coisificação”, capaz de indicar retrocesso.

Interessante notar que é possível identificar elementos do neoconstitucionalismo na decisão proferida no Recurso Extraordinário em comento, pois, desde a ementa do acórdão do STF, já se destaca que se impõe a supremacia da dignidade da pessoa humana como valor basilar e que legitima a intervenção judicial, ainda mais na hipótese concreta em que se busca assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos.

Após resumo da controvérsia e apanhado histórico sobre a aplicação das penas restritivas de liberdade e a precariedade do sistema prisional e das prisões, valendo-se da principiologia típica do neoconstitucionalismo, o voto do Eminentíssimo Relator Ministro Ricardo Lewandowski discorre que:

A dignidade da pessoa humana à categoria de um “sobreprincípio” justamente para impor limites expressos à atuação do Estado e de seus agentes, com reflexo direto no jus puniendi que ele detém como ultima ratio para garantir a convivência pacífica das pessoas em sociedade.

[...]

A centralidade do valor da dignidade da pessoa humana em nosso sistema constitucional permite a intervenção judicial para que seu conteúdo mínimo seja assegurado aos jurisdicionados em qualquer situação em que estes se encontrem.

Portanto, no caso em tela, os direitos fundamentais em discussão, considerando as condições e as circunstâncias em que foram apresentados, não seriam normas meramente programáticas, o que afastaria o entendimento de que o Poder Judiciário estaria ingressando indevidamente em campo reservado à administração pública, circunscrita ao Poder Executivo.

A decisão, aliás, deixa muito claro o entendimento de que não caberia ao Poder Judiciário a aplicação da política pública, transmutando-se em administrador público, mas a expressa determinação para que fosse efetivamente implementada na seara carcerária, à luz da separação dos poderes, o que, em muitos momentos, não ocorreria por mera ausência de interesse do ocupante de plantão do Poder Executivo.

O Poder Judiciário somente poderia ser instado a intervir nas situações em que se evidenciasse um claro e manifesto “não fazer” comissivo ou omissivo por parte das autoridades estatais, que fossem capazes de colocar em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos cidadãos presos, na medida em que vedada a sujeição a penas que ultrapassem a privação de liberdade, afastando sanção estatal da busca da ressocialização.

Assim, identifica-se que há correlação entre natureza constitucional da política pública reclamada e os direitos fundamentais, em sua principiologia e tendo o ser humano como elemento primordial, central, da existência do próprio direito, mesmo que se tratem de direitos dos cidadãos presos.

Não há dúvida que, mesmo passado mais de um ano da decisão aqui analisada, muito pouco ou nada se tem observado, ou melhor, noticiado, sobre a mudança positiva na situação carcerária e prisional no País.

Ao contrário, a realidade noticiada ainda revela a fragilidade das políticas públicas voltadas ao melhoramento do sistema penitenciário nacional, com aplicação de medidas punitivas adotadas pela direção de presídio, agressões aos presos e demais *punições* que não guardam relação com a ideia da ressocialização premente no direito penal pátrio<sup>54</sup>.

Como reflexo do impacto da decisão na política pública de referência, tem-se como ponto positivo a maximização da prestação jurisdicional ampla, evitando a propositura de múltiplas ações judiciais individuais sobre o mesmo tema.

Outro ponto positivo relevante diz respeito é a confirmação de que o Poder Judiciário, em contraponto à caótica situação do sistema prisional, pode impor a garantia de que o condenado venha a permanecer em regime penal menos gravoso até que sobrevenha vaga em estabelecimento adequado para o cumprimento da pena no regime definido em decisão judicial, na trilha das considerações do Ministro Celso de Mello em sua primeira intervenção no julgamento do Recurso Extraordinário em comento.

Destaca-se, ainda, a confirmação de que as audiências de custódia serão adotadas como medida para diminuir a demanda pelo sistema carcerário e ainda aumentar o respeito pela dignidade dos presos, com a garantia de que foram tratados com integridade ínsita à sua condição humana e à sua dignidade humana, ante a obrigatoriedade de que qualquer cidadão preso em flagrante seja apresentado ao juiz em 24 horas.

Revisitando a jurisprudência da Corte, verifica-se que, em inúmeros julgados, entendeu-se, pela eficácia plena e imediata da dignidade da pessoa

---

<sup>54</sup> PUNIÇÕES motivaram rebelião e fugas no CPP em Jardinópolis, dizem presos. *G1 Globo*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2016/09/punicoes-motivaram-rebeliao-e-fugas-no-cpp-em-jardinopolis-dizem-presos.html>>. Acesso em: 02 out. 2016.

humana (art. 1º, III da Constituição Federal) de modo a rechaçar ofensas à integridade do preso ou ainda, na hipótese de vulneração de tal princípio, em conceder indenização diante da correspondente ofensa.

Diante disso, verifica-se a decisão perscrutou todo o espectro que envolve tanto a política pública em si, quanto às condições de sua implementação, confrontando com o caso concreto e as circunstâncias de seu acontecimento. Ademais, a inteligência da repercussão geral permite agilizar a aplicação da política, entretanto, tem seus efeitos são limitados, uma vez que não reverberam de forma contundente em todo o sistema penitenciário e na política em geral, não alcançando a efetividade ampla do direito.

## 6 CONCLUSÃO

Na esteira do neoconstitucionalismo, o Poder Judiciário não pode se omitir quando os Poderes Legislativo e Executivo comprometem a eficácia dos direitos fundamentais individuais e coletivos, sendo certo que compete ao Poder Judiciário fazer jus às normas programáticas que lhe foram outorgadas pela Constituição Federal.

Assim, pode-se afirmar como conclusivo que o princípio da reserva do possível não pode ser invocado pelo Poder Executivo, no mero intuito de deixar de cumprir determinação emanada pelo Poder Judiciário, ainda mais quando há robusto e extenso arcabouço constitucional e legal sobre o tema, que impõe a realização da manutenção digna do sistema carcerário, enquanto política pública.

A integridade física e moral deverá ser assegurada aos detentos, como externalização e efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

BARCELOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 83-103, abr./jun. 2005.

BARROSO, Luís Barroso. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em:

<[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 6 jun. 2016.

BARROSO, Luís Barroso. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais: políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016.

CAMBI, Eduardo. Neopositivismo e Neoprocessualismo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, Salvador, n. 17, 2008. Disponível em: <[https://vitorfreitas.goias.ufg.br/up/662/o/Eduardo\\_Cambi\\_Neoconstitucionalismo\\_e\\_Neoprocessualismo.pdf](https://vitorfreitas.goias.ufg.br/up/662/o/Eduardo_Cambi_Neoconstitucionalismo_e_Neoprocessualismo.pdf)>. Acesso em: 6 jun. 2016.

COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Orgs.), **Política pública como campo disciplinar**. São Paulo: UNESP, 2013. p. 181-200.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas públicas: princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas, 2012.

GERSTON, Larry. N. **Public Policy Making: process and principles**. New York: M. E. Sharp, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, Daniel Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 73-113.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

XIMENES, Júlia Maurmann. **Curso de aperfeiçoamento: direito e estado constitucional**. Brasília: ENAP, 2016.

# MORTE COM DIGNIDADE

Leiliane Oliveira

## RESUMO

A proposta deste trabalho, é relatar a possibilidade de o indivíduo exercer sua autonomia privada diante de um futuro estado vegetativo, optando por morrer ou continuar vivendo de maneira artificial, ou seja, através de aparelhagens. A legislação brasileira não permite que ocorra o desligamento dos aparelhos de uma pessoa no estado vegetativo, para tanto, propõe-se ainda, que a eutanásia seja permitida, assegurando ao indivíduo o exercício de seus ideais, de sua vontade, considerando assim seus direitos fundamentais, uma vez que viver com dignidade não significa viver a qualquer custo, mas ter uma vida digna, saudável e consciente.

**Palavras-chave:** Morte. Eutanásia

## ABSTRACT

The purpose of this work is to report the possibility of individuals exercising their private autonomy before a future vegetative state, choosing to die or continue to live in an artificial manner, ie through stereos. Brazilian law does not allow to occur the shutdown of a person sets in a vegetative state, therefore, it is proposed also that euthanasia is allowed, ensuring the individual exercising his ideals, his will, thus considering their fundamental rights since they live with dignity does not mean living at any cost, but a dignified, healthy and conscious life.

**Keywords:** Death. Euthanasia.

## 1 INTRODUÇÃO

Cada indivíduo em sociedade constrói um projeto de vida singular que, apesar desse caráter pessoal, está vinculado ao contexto cultural, social e político de determinada região. Atualmente, o mundo tem evoluído de maneira acelerada, principalmente na área das ciências médicas e biológicas, os seres em constante evolução, realizam pesquisas científicas, como consequência, novas descobertas que auxiliam na qualidade da vida humana até mesmo no seu prolongamento, pois as pessoas geralmente temem a morte, não a aceita de



forma natural e certa, por isso médicos e cientistas estão sempre buscando a cura para todos os males almejando prolongar a vida, porém se esquecem que para a morte não tem cura, ela será inevitável ocorrendo prévia ou tardiamente.

Existe o direito à vida, existiria também um direito de morrer? Ou deveria haver um prolongamento da vida a qualquer custo?

A vida não pode se transformar em um dever, apesar de ser protegida como um bem supremo, como um direito fundamental e principal, os seres humanos possuem autonomia, liberdade de escolha, sendo assim, poderiam optar, dependendo do caso concreto, em continuar vivendo ou morrer, afinal, viver bem não significa viver muito, mas sim viver de forma digna, pois a vida é singular, subjetiva, é feita de inúmeras sensações, é dinâmica e intensa, não podendo ser resumida a mero funcionamento do organismo, portanto, caberá ao indivíduo, de acordo com seus pensamentos e conceitos de vida, de dignidade, exercer sua autonomia privada caso esteja em um estado deplorável de vida vegetativa, onde aparelhagens médicas possibilitam que o organismo humano continue ativo, escolhendo até quando deseja viver.

As disposições de vontade do indivíduo com plena capacidade deverão ser consideradas, quanto a não submissão a tratamento ou até mesmo a não continuidade de uma vida artificial, respeitando-se o grande pilar do Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana, aceitando dessa forma a eutanásia como um procedimento natural, uma maneira de efetivar muita das vezes a vontade do indivíduo. Sendo assim, o sistema jurídico nacional deveria permitir e positivar a prática de eutanásia.

## **2 EUTANÁSIA: O DIREITO DE MORRER**

Quando fica evidenciado que para a doença não existe mais tratamento com a possibilidade de cura, pois existem apenas tratamentos paliativos, que não permitam a recuperação mas estacionam a doença, a dor, um intolerável estado vegetativo, onde somente algumas funções fisiológicas ainda persistem e nada mais além disso, quando haja irreversibilidade e permanência da situação,

insuficiência global e profunda de faculdades psíquicas, ausência total de vida consciente, onde o enfermo não pode mais compreender seus atos e nem dirigir suas ações; os médicos poderiam praticar a eutanásia com o prévio consentimento do paciente, que não estarão negando seus cuidados, mas sim auxiliando-os em uma boa morte, uma morte digna.

Uma boa morte conduz ao direito ao alívio da dor e do sofrimento inútil; ao direito de escolher onde morrer e como morrer. Significa dar amparo físico e espiritual nos momentos finais.<sup>1</sup> Atuando de tal forma, o médico estará agindo por compaixão, dando ao paciente incurável a possibilidade de morrer com nobreza e integridade. “Por sua vez, quando se refere ao direito de morrer, não se procura alcançar a morte a qualquer custo, e sim a permissão para morrer com serenidade e dignidade humana.”<sup>2</sup>

O que importa não é a quantidade de vida, mas sim sua qualidade. O estado vegetativo não traz qualidade de vida, pois os pacientes vegetam, ficam inanimados, inertes, não apresentando resposta a estímulos externos, porém, ainda não apresentam estado de morte cerebral, a pessoa está fisiologicamente viva, mas durante meses, anos, permanece alheia, incapaz de esboçar qualquer reação, qualquer comportamento intencional, não tendo nenhuma consciência. O estado vegetativo é a mais frustrante das condições humanas.

Os pacientes podem sorrir, chorar, fechar e abrir os olhos, emitir barulhos, gemidos, porém, são apenas reflexos do córtex cerebral e não tem relação consistente com estímulos; a pessoa pode permanecer nesse estado durante anos e os que estão ao seu redor, como por exemplo, familiares, devido a tais sinais de aparente vida, se equivocam e, infelizmente acabam alimentando falsas esperanças de melhora do paciente.

### 3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO DE MORRER

---

<sup>1</sup> RÖHE, Anderson. *O Paciente Terminal e o Direito de Morrer*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 31.

<sup>2</sup> RÖHE, Anderson. *O Paciente Terminal e o Direito de Morrer*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 17.

Até quando deverá se prolongar a vida exageradamente causando atroz sofrimento ao paciente? Prolongar um tratamento inútil de um paciente em fase terminal será dever de um profissional da saúde? De acordo com Maria Helena Diniz, pode-se dizer que não, a prática da distanásia gera efeitos nocivos, pois a cura é impossível e o benefício esperado é menor do que os males causados pelo processo terapêutico, seria então, um tratamento fútil.

Todos os seres humanos possuem direito a vida, porém, o direito à vida é por vezes referido sob um modo qualificado, num sentido amplo, a abranger não apenas a preservação da existência física, mas designando, além disso, um direito a uma vida digna.<sup>3</sup>

A vida é considerada pelo ordenamento jurídico como um bem indisponível, ou seja, o Estado a preserva acima de qualquer outro vetor, porém, dada peculiaridade de determinada situação brota a teoria de disponibilidade da vida, já que o Direito é uma ciência inexata e de evolução constante, nos permite, no caso concreto, aplicar tal teoria com base em um princípio que rege e orienta todo o Estado de Direito, que é o princípio da dignidade da pessoa humana.

A Constituição federal traz em seu artigo 1º, inciso III, como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana. Ou como podemos ler: A expressão ‘dignidade humana’ não é uma fórmula única e fechada, mas um conceito vago e indeterminado, na medida em que é possível reconhecer que está em constante processo de desenvolvimento e construção.”<sup>4</sup>

Observa-se que não há possibilidade de restringir ou mesmo ponderar a dignidade, pois é um campo amplo, livre, porém, adequado à realidade e a razoabilidade.

---

<sup>3</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.400.

<sup>4</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 569.

Ter dignidade não quer dizer possuir condições materiais básicas para a existência, ou seja, não significa possuir apenas o mínimo existencial, pois esse corresponde, tão somente, a uma parcela do que compõe a dignidade da pessoa humana, uma vez que é evidente que as pessoas necessitam muito mais que o “mínimo existencial”, almejam qualidade de vida, bem-estar, afinal pode se considerar medíocre nivelar a vida pelo mínimo. Além do mais, quando a Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana tornando-se a primeira Constituição brasileira a reconhecê-lo expressamente foi aberta uma porta, não só para o direito a uma vida digna, também para o direito de morrer com dignidade.<sup>5</sup>

Considerando o princípio da dignidade da pessoa humana, é possível apresentar um direito antagônico ao direito à vida, qual seja o direito de morrer, pois a CF/ 88 em um contexto geral preserva não só a vida, mas a vida digna, respeita o ser humano em si, zelando também pela individualidade e liberdade de escolha de cada um.

#### **4 AUTONOMIA DA VONTADE VERSUS AUTONOMIA PRIVADA**

Autonomia seria a autodeterminação do homem, ou seja, sua liberdade para tomar decisões, todo o movimento psicológico destinado a um fim específico. A autonomia da vontade tem início por volta do século XVIII com a evolução do comércio e da indústria principalmente na Europa, como forma de facilitar transações individuais e consequente circulação de riquezas. Nessa época, o Estado apenas fixava regras básicas para a economia, sendo assim, os indivíduos possuíam plena liberdade negocial, ficando, muitas vezes, entregues à própria sorte.

Em tal período histórico, pode-se destacar a figura de um Estado liberal, onde a autonomia da vontade é entendida como a não intervenção do estado na esfera individual, aquilo que fosse estabelecido em função dessa autonomia deveria ser respeitado.

---

<sup>5</sup> RÖHE, Anderson. *O Paciente Terminal e o Direito de Morrer*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 31.

Com o surgimento do Estado social se observou que a não intervenção poderia ser um manancial de injustiças, ou seja, o mais forte econômica e culturalmente poderia se sobrepor de maneira desmedida frente a seu semelhante, logo a preocupação se volta a atender aos reclamos não somente de um indivíduo, mas de toda a coletividade; a autonomia da vontade recebe assim nova roupagem, passando a se denominar autonomia privada.

Devido ao nascimento da autonomia privada o que ocorre é uma releitura da autonomia da vontade, tornando essa menos subjetiva, estabelecendo regras para o comportamento dos agentes, a fim de impor-lhes limites em prol das necessidades interesses sociais, da justiça material e da valorização dos seres humanos como foco do ordenamento jurídico brasileiro.

Então, a autonomia da vontade é um fenômeno meramente volitivo, de dentro para fora. Já a autonomia privada, há um condicionamento da vontade a fatores externos e jurídicos para se evitar o arbítrio individual; procurando conciliar a autonomia pessoal com os interesses sociais, os deveres e responsabilidades que o ser humano deve possuir, assim, na atualidade se permite o indivíduo atuar em todos os ramos do direito exercendo a sua autonomia, desde que não se choque com normas do ordenamento, as quais prevalecerão em caso de conflito.

Assim, o que se pretende é demonstrar que as disposições de última vontade do indivíduo devem ser respeitadas e fazem parte de sua autonomia privada, já que o nosso ordenamento não condena essa possibilidade de exercício de um direito a qual se consubstancia em submeter a tratamento ineficaz, somente para prolongar uma vida já condenada ao fim.

## **5 TESTAMENTO VITAL: O MEIO DE UM DIREITO A MORTE COM DIGNIDADE E AUTONOMIA**

“As diretivas antecipadas surgiram nos Estados Unidos, no final da década de 1960 e, desde então, são entendidas como gênero, do qual são

espécies o testamento vital e o mandato duradouro".<sup>6</sup> O testamento vital é um documento em que a pessoa determina que tipo de tratamento deseja se submeter em estado incurável ou terminal.

O testamento vital consiste num documento, devidamente assinado, em que o interessado juridicamente capaz declara quais tipos de tratamentos médicos aceita ou rejeita, o que deve ser obedecido nos casos futuros em que se encontre em situação que o impossibilite de manifestar sua vontade, como, por exemplo, o coma. Ao contrário dos testamentos em geral, que são atos jurídicos destinados à produção de efeitos *post mortem*, os testamentos vitais são dirigidos à eficácia jurídica antes da morte do interessado.<sup>7</sup>

O mesmo texto, ainda esclarece: Em 2009, no Uruguai, foi aprovada a lei que instituiu naquele país o denominado "testamento vital", também conhecido como "declaração de vontade antecipada", já admitido em alguns países europeus e nos Estados Unidos, onde se consagrou o "*living will*". A lei uruguaia, de número 18.473, contém onze artigos, estabelecendo o primeiro deles que toda pessoa maior de idade e psiquicamente apta, de forma voluntária, consciente e livre, pode expressar antecipadamente sua vontade no sentido de opor-se à futura aplicação de tratamentos e procedimentos médicos que prolonguem sua vida em detrimento da qualidade da mesma, se encontrar enferma de uma patologia terminal, incurável e irreversível. Isso permite que a pessoa possa antecipadamente declarar que recusa terapias médicas que apenas prolongariam sua existência, em detrimento da sua qualidade de vida.<sup>8</sup>

O paciente incurável que não desejar o estado vegetativo, deverá conscientemente declarar sua vontade, para tal, no momento da declaração o mesmo deverá possuir plena capacidade, procurando ser objetivo sem deixar

---

<sup>6</sup> BOSTIANIC, Maria Clara; PENALVA, Luciana Dadalto. As diretivas antecipadas no caso M.D.C.S.: Análise das contribuições deste Hard Case argentino para o Brasil. In: FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (Coord.). *Direito Civil: Atualidades: teoria e prática no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. v. 4. p.181.

<sup>7</sup> GODINHO, Adriano Marteleto. *Testamento vital e ordenamento brasileiro*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/15066/testamento-vital-e-o-ordenamento-brasileiro#ixzz1rBKmX9V3>>. Acesso em: 2 jul. 2016.

<sup>8</sup> GODINHO, Adriano Marteleto. *Testamento vital e ordenamento brasileiro*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/15066/testamento-vital-e-o-ordenamento-brasileiro#ixzz1rBKmX9V3>>. Acesso em: 2 jul. 2016.

margens de interpretações para sua escolha. O instituto do testamento vital não encontra previsão legal no nosso país, por isso, não se pode afirmar quais seriam os requisitos formais de validade para tal.

A legislação brasileira não permite a eutanásia, pois há tipicidade da mesma no Código Penal Brasileiro, no artigo 121, §1º, considerada como homicídio, ainda que privilegiado. Houve vários projetos para reforma do Código Penal:

Um dos textos da primeira Subcomissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal brasileiro de 1993, introduzia o § 6º ao artigo 121:

§6º - Não constitui crime a conduta de médico que omite ou interrompe terapia que mantém artificialmente a vida de pessoas, vítima de enfermidade grave e que, de acordo com o conhecimento médico atual, perdeu irremediavelmente a consciência ou nunca chegará a adquiri-la. A omissão ou interrupção de terapia devem ser precedidas de atestação, por dois médicos, da iminência e inevitabilidade da morte, do consentimento expresso do cônjuge, do companheiro em união estável, ou na falta, sucessivamente do ascendente, do descendente ou do irmão e de autorização judicial. Presume-se concedida a autorização, se feita imediata conclusão dos autos ao juiz, com condições exigidas, o pedido não for por ele despachado no prazo de três dias. Posteriormente em 24 de março de 1998, o Diário Oficial da União fez publicar o texto que alteraria os dispositivos da Parte Especial do Código Penal, e, em relação a eutanásia, ficou consignado o seguinte: art. 121. [...]§3º Se o autor do crime agiu por compaixão, a pedido da vítima imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave: Pena- Reclusão de três a seis anos.<sup>9</sup>

Haveria também um parágrafo 4º no artigo 121 com a seguinte redação:

“§4º Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão”.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Bio direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 323.

<sup>10</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Bio direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 323-324

O parágrafo 4º positiva a eutanásia, sendo uma forma de solucionar a polêmica com relação à prática da mesma. Porém, nenhum dos projetos supracitados, seguiu adiante, permanecendo parado no Congresso Nacional.

A decisão de morrer, não pode ser tomada de forma leviana, já que só pertence ao paciente, visto que ele é o titular de sua vida e caso venha ficar em estado vegetativo, a solução seria o testamento vital, antes de tudo, a proposta seria de elaborar um laudo técnico de conteúdo interdisciplinar, envolvendo pareceres nas áreas da Psicologia, Direito e Medicina. Afinal, a decisão é irreversível e tanto o profissional envolvido, quanto o paciente ou familiar do indivíduo devem estar convictos de que a solução mais adequada é a eutanásia.

A opção de um indivíduo capaz e consciente deve ser respeitada, não devendo haver possibilidade de interferência externa, já que sua atitude diz respeito ao âmbito de sua vida particular, não prejudicando interesses de terceiros, pois é um direito do paciente resguardar sua morte com dignidade e autonomia, visto que ninguém tem a obrigação de viver; a pergunta a ser feita diante da declaração, ou seja do testamento vital deixado é: qual a real intenção do paciente? Devendo sempre criar uma correlação da vontade elementar com a declaração.

O testamento vital deve ser elaborado pelo paciente de forma clara e objetiva, visto que, servirá para externar a aceitação ou não de intervenção médica, sobretudo aquela que prolongue desnecessariamente a vida do paciente. Através de tal declaração, o paciente deverá exercer sua autonomia e essa autonomia já é tutelada pelo ordenamento jurídico brasileiro, especificamente pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada, além, da proibição de tratamento desumano.

Segue abaixo o voto da juíza Kogan no denominado caso M.D.C.S, que foi analisado pela Suprema Corte de Justiça de Buenos Aires, onde ela expõe sua opinião a respeito do assunto:

Perante a irreversibilidade do quadro médico de pacientes em estado crítico, não é moralmente obrigatória a manutenção da vida mediante todo tipo de tratamento de



suporte vital quando o paciente claramente rejeita essa terapia ou seus parentes em forma coincidente deixam transparecer essa vontade. Apesar disso, essa vontade não deve ser interpretada como uma afirmação genérica posto que é preciso estudar cada caso em particular e especialmente, se ater ao diagnóstico e prognóstico de cada paciente, assim como à opinião do Comitê de Bioética correspondente.<sup>11</sup>

Visto isso, o paciente deverá expressar sua vontade em não submeter-se a tratamento médico, caso futuramente esteja em estado vegetativo sem possibilidade de reversão, devendo ser observado cada caso concreto, além da vontade do paciente expressamente declarada, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Para o filósofo Hans Jonas, a existência de um direito à morte decorre do próprio direito à vida. Protege-se juridicamente o direito à vida, o qual, todavia, não deve ser entendido como pressupondo uma obrigação de viver, exigível pela sociedade ao menos, segundo o autor, não nas situações de prolongamento penoso do final da vida dos pacientes terminais.

Diante o exposto, é conveniente a edição de uma lei federal regulamentando o tema, a fim de dar maior segurança jurídica aos pacientes, aos médicos e a família.

## 6 DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA NACIONAL E ESTRANGEIRA

Um dos primeiros países a descriminalizar a eutanásia foi o Uruguai, em 1934, onde foi introduzida no Código Penal a figura do “homicídio piedoso”. Tal inovação legislativa foi elaborada sob influência dos ensinamentos de Jiménez de Asúa que, a partir de 1925, proferiu diversas palestras que geraram extrema repercussão naquele país e da Espanha.

Posteriormente, em 1993, ainda sobre influência de Asúa, inaugurou-se na Holanda uma jurisprudência que tolerava a eutanásia. Em 2002, finalmente, foi legalizada e regulada a prática da eutanásia, a qual só pode ser realizada

<sup>11</sup> KOGAN apud BOSTIANCIC, Maria Clara; PENALVA, Luciana Dadalto. As diretivas antecipadas no caso M.D.C.S: Análise das contribuições deste Hard Case argentino para o Brasil. In: FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (Coord.). *Direito Civil: Atualidades: teoria e prática no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. v. 4. p.183.

mediante um criterioso procedimento. Tal legislação permite, inclusive, que menores possam requerer a eutanásia com o consentimento dos responsáveis.

Vários pedidos de eutanásia foram julgados em outros países, dentre os quais na Inglaterra, onde alguns pedidos foram deferidos.

Em maio de 1997 a Corte Constitucional da Colômbia estabeleceu que "ninguém pode ser responsabilizado criminalmente por tirar a vida de um paciente terminal que tenha dado seu claro consentimento". Esta posição estabeleceu um grande debate nacional entre as correntes favoráveis e contrárias. Vale destacar que a Colômbia foi o primeiro país sul-americano, a exceção do Uruguai, a constituir um "movimento de direito à morte", que se iniciou em 1979.

Em alguns territórios do Norte da Austrália esteve em vigor de 1996 a 1997 a Lei dos Direitos dos Pacientes Terminais, que autorizava a eutanásia. A lei foi revogada apensar das pesquisas de opinião acusar que os australianos eram, na sua maioria, favoráveis à eutanásia.<sup>12</sup>

Ouve uma tentativa frustrada de se inserir a eutanásia no estado de Oregon, nos Estados Unidos, entretanto a legislação foi suspensa pela Suprema Corte.

Ronald Dworkin fala sobre uma interessante prática adotada nos Estados Unidos:

Hoje, todos os estados americanos reconhecem alguma forma de diretriz antecipada: ou os "testamentos de vida" (documentos nos quais se estipula que certos procedimentos médicos não devem ser utilizados para manter o signatário vivo em circunstâncias específicas) ou as "procurações para a tomada de decisões em questões médicas" (documentos que indicam outras pessoas para tomar decisões de vida e de morte em nome do signatário quando este já não tiver condições de tomá-las).<sup>13</sup>

<sup>12</sup> GOLDIM, José Roberto. *Bioética e Ética na Ciência*. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

<sup>13</sup> DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 252.

No Brasil a eutanásia é tipificada como homicídio privilegiado pelo Código Penal:

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena:

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

A própria exposição de motivos do Código Penal elenca, dentre os exemplos de homicídio privilegiado, a prática de eutanásia.<sup>14</sup>

A morte assistida, por sua vez, é considerada crime de Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio:

Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

O Código de Ética Médica, por fim, estabelece o seguinte:

Art. 6º. O médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

É vedado ao médico: [...]

Art. 66. Utilizar, em qualquer caso, meios destinados a abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu responsável legal."

Percebe-se, assim, que a legislação brasileira não admite a eutanásia, legislação esta que pode ser considerada retrógrada, tendo em vista a legislação de outros países.

Dentre os críticos da legislação brasileira, podemos citar Walter Ceneviva, que considera intolerável comparar a eutanásia ativa com a passiva.

<sup>14</sup> NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Em defesa da vida*: Aborto – Eutanásia – Pena de Morte – Suicídio – Violência/Linchamento. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 42.

Segundo ele se distingue “com bastante clareza a situação daquela cuja morte é adiada mediante recursos científicos que prolongam a vida sem nenhuma utilidade, sem qualquer benefício para o paciente”.<sup>15</sup>

As atuais máquinas das unidades de terapia intensiva, que mantém a vida de modo artificial, criaram uma diversa realidade científica, que nada tem a ver com a eutanásia defendida por Sócrates e Platão, criticada por judeus e cristãos. O direito precisa adaptar-se a essa realidade. Precisa encontrar-se com ela, para perceber que os velhos argumentos sobre a eutanásia estão superados, porque estranhos às novas situações. Acham-se desajustados das UTIs com seus técnicos, computadores e cateteres enfiados por todas as artérias dos pacientes. A lei, enquanto direito escrito, está atrasada. Vem a reboque da ciência. Haverá um momento em que a legislação terá de atribuir a alguém (ao cônjuge, ao filho mais velho, ao irmão) o direito e a autoridade de mandar desligar as máquinas.<sup>16</sup>

Grande parte dos doutrinadores, com visão puramente formalista do Direito Penal, defendem a tipificação da eutanásia e do suicídio assistido. Mas esse enfoque puramente formal merece ser revisado. O legislador deveria dar mais atenção ao assunto. Considera-se a eutanásia e a morte assistida conduta não criminosas, pois não existe o resultado desvalioso ou arbitrário. Pelo contrário, o agente atua imbuído em sentimento da mais absoluta nobreza, em prol da dignidade humana. Não se trata, portanto, de morte arbitrária.<sup>17</sup>

A eutanásia deveria ser autorizada apenas mediante as seguintes condições: o paciente deve estar padecendo de um sofrimento irremediável e insuportável e estar informado do seu estado terminal, sem expectativas de tratamento útil; deverá expressar inequivocamente o consentimento; deverá

<sup>15</sup> CENEVIVA, Walter. *O direito de desligar as máquinas*. Folha de S. Paulo, 21 abr. 1985. in NOGUEIRA, Paulo Lúcio. p. 63.

<sup>16</sup> CENEVIVA, Walter. *O direito de desligar as máquinas*. Folha de S. Paulo, 21 abr. 1985. in NOGUEIRA, Paulo Lúcio. p. 63.

<sup>17</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Eutanásia, morte assistida e ortotanásia*: dono da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte? Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

haver a aprovação de uma junta médica; em caso de inconsciência deverá haver consentimento da família; etc.<sup>18</sup>

A essa conclusão se chega quando se tem presente a verdadeira e atual extensão do conceito de tipo penal (dado pela teoria constitucionalista do delito, que subscrevemos com base na doutrina de Roxin, Frisch e Zaffaroni), que abrange (a) a dimensão formal-objetiva (conduta, resultado naturalístico, nexo de causalidade e adequação típica formal à letra da lei); (b) a dimensão material-normativa (desvalor da conduta + desvalor do resultado jurídico + imputação objetiva desse resultado) e (c) a dimensão subjetiva (nos crimes dolosos).<sup>19</sup>

A morte digna elimina a dimensão material-normativa do tipo tipicidade material, pois a morte, neste caso, não é desarrazoada ou reprovável. Não existe, como dito, resultado jurídico negativo. O bem jurídico vida é ponderado em face de outros valores constitucionais igualmente básicos, tais como a dignidade da pessoa humana art. 1º, III, da Constituição, a liberdade e a autodeterminação art. 5º.

É certo que o próprio artigo 5º da Constituição assegura a inviolabilidade da vida, mas não existem direitos absolutos. A própria Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica diz que: ninguém pode ser privado da vida "arbitrariamente" art. 4º. O que se quer dizer é que a morte deve ser punida se for arbitrária, abusiva, desarrazoada. Quando há interesse relevante em jogo, que torna razoável a lesão ao bem jurídico vida, não há que se falar em resultado jurídico negativo. Ao contrário, trata-se de resultado aceitável.

Assim, a princípio, o direito a morte digna é constitucionalmente admissível, podendo a eutanásia ser permitida no Brasil por meio de legislação ordinária.

<sup>18</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Eutanásia, morte assistida e ortotanásia*: dono da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte? Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

<sup>19</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Eutanásia, morte assistida e ortotanásia*: dono da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte? Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

Havendo justo motivo ou razões fundadas, não há como deixar de afastar a tipicidade material do fato (por se tratar de resultado jurídico não desvalioso). Essa conclusão nos parece válida seja para a ortotanásia, seja para a eutanásia, seja para a morte assistida, seja, enfim, para o aborto anencefálico. Em todas essas situações, desde que presentes algumas sérias, razoáveis e comprovadas condições, não se dá uma morte arbitrária ou abusiva ou homicida (isto é, criminosa).<sup>20</sup>

Para finalizar, importante mencionar que está tramitando no congresso o projeto de lei 126/96, elaborado em 1995, para regulamentar a eutanásia. O projeto prevê a possibilidade de se praticar a eutanásia mediante autorização do paciente e aprovação de uma junta composta por cinco médicos. Parentes também poderão requerer a eutanásia, porém sempre pela via judicial. O Projeto ainda merece aperfeiçoamento e pecou por não aproveitar a experiência dos países que já regulamentaram a eutanásia.

## 7 CONCLUSÃO

O objetivo desse artigo não é considerar a eutanásia como uma forma de “higienização social”, aqui a intenção não é banalizar a vida, mas sim, garantir aos interessados seus direitos a uma morte digna, preservar sua liberdade de escolha, sua autonomia para dispor da própria vida se a mesma não lhes fizer sentido, visto que, não existe cura, estando cientes de que não serão tratados, pois o tratamento também não há ou somente prolongará um estado vegetativo, onde conviverão com a matéria, sem contínua atividade, sem vitalidade, isso não é vida, é apenas um adiamento da morte.

A Eutanásia deve ser entendida, dentro do ordenamento jurídico, através de uma leitura dos direitos fundamentais, do respeito do Estado para com o cidadão, onde cada ser possa guiar sua vida de acordo com seus valores sem a total interferência externa, sob a égide dos preceitos fundamentais.

Sendo assim, os pacientes em estado terminal, cientes de sua futura e sólida condição, que não queiram permanecer em um estado vegetativo,

<sup>20</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Eutanásia, morte assistida e ortotanásia*: dono da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte? Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

possuem pleno direito de externarem através de um documento, uma declaração prévia, positivando sua vontade pela prática da eutanásia, onde os médicos se comprometem a realizá-la, caso sobrevenha o estado vegetativo.

A inserção de uma nova premissa com determinados requisitos, no Código Penal, visando a prática da eutanásia, seria uma maneira de garantir a concretização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois, serviria de auxílio para aqueles que se encontram em estado deplorável, em fase tormentosa e irreversível de alguma doença grave. Então, o consentimento do paciente funcionaria como causa excludente de antijuridicidade.

Conclui-se que o direito à vida protegido pela Constituição Federal deverá ser considerado indisponível quando se puder viver bem e de forma digna, forma essa, considerada individualmente de acordo com os valores e entendimentos de cada ser, de modo subjetivo, devendo se fazer respeitar todos os direitos fundamentais, na busca pela realização como ser humano.

Temos sim um direito universal à morte, assim como temos o direito à vida. Cabe a cada um decidir sobre essas questões. Elas estão além de qualquer determinação legal.

## REFERÊNCIAS

BOSTIANCIC, Maria Clara; PENALVA, Luciana Dadalto. As diretivas antecipadas no caso M.D.C.S: Análise das contribuições deste Hard Case argentino para o Brasil. In: FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (Coord.). **Direito Civil: Atualidades: teoria e prática no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. v. 4.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html)>. Acesso em: 2 jul. 2016.

CENEVIVA, Walter. **O direito de desligar as máquinas**. Folha de S. Paulo, 21 abr. 1985. in NOGUEIRA, Paulo Lúcio.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GODINHO, Adriano Marteleto. **Testamento vital e ordenamento brasileiro**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/15066/testamento-vital-e-o-ordenamento-brasileiro#ixzz1rBKmX9V3>>. Acesso em: 2 jul. 2016.

GOLDIM, José Roberto. **Bioética e Ética na Ciência**. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Eutanásia, morte assistida e ortotanásia: dono da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte?** Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Em defesa da Vida: Aborto – Eutanásia – Pena de Morte – Suicídio – Violência/Linchamento**. São Paulo: Saraiva, 1995.

RÖHE, Anderson. **O Paciente Terminal e o Direito de Morrer**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Bio direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.



# TESTAMENTO VITAL E O CONFRONTO ENTRE DIREITO À VIDA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM BUSCA DO DIREITO À MORTE DIGNA

Leonardo da Silva Cunha

## RESUMO

O presente trabalho tem por escopo a análise do aparente embate entre o Direito à Vida e o Princípio da dignidade da pessoa humana em face do testamento vital ou disposições antecipadas de vontade. Para isso, ambos serão exaustivamente analisados de modo a buscar uma interpretação conforme a Constituição de modo que melhor se amolde aos interesses do indivíduo e da sociedade. Ademais será explorado o referido instituto do testamento vital, defendendo-se os conceitos de “existência digna” e de “morte digna”, os quais, para serem atingidos, precisaram de uma maior exploração da autonomia privada e uma consequente diminuição da relação paternalista do Estado para com os indivíduos. Como base para as supracitadas alegações, serão suscitadas as diretrizes fixadas pela bioética e pelo biodireito. Por fim, serão demonstradas a existência de eventuais previsões acerca do testamento vital no ordenamento jurídico pátrio e as diferenciações acerca dos institutos da eutanásia, ortotanásia e distanásia, para uma melhor compreensão acerca da possibilidade de efetiva aplicação da referida disposição antecipada de vontade.

**Palavras-chave:** Testamento Vital, Dignidade da Pessoa Humana, Direito à Vida

## ABSTRACT

This work's scope is to analyze the apparent conflict between the right to life and the principle of human dignity regarding of living will or advance of will provisions. For this, both will be thoroughly analyzed in order to seek an interpretation according to the Constitution so that best amolde the interests of the people and society. Moreover the living will is explored, advocating the concept of "decent life" and "dignified death", which, to be achieved needed further exploration of autonomy and therefore a reduced paternalistic state to individuals. As a basis for the above allegations, the guidelines established by bioethics and the biolaw will be raised. Finally, it will demonstrate the existence of any predictions about the living will in the paternal law and differentiations about euthanasia institutes, orthothanasia and dysthanasia to a better understanding about the possibility of effective application of the anticipated disposition of will.

**Keywords:** Living Will, Human Dignity, Right to Life.

## 1. INTRODUÇÃO

Um dos bens jurídicos mais valorizados pelos seres humanos é a vida. Desde o início dos tempos o homem luta por uma vida melhor e mais segura. Em uma última análise, a própria formação de sociedades visa à obtenção de uma maior sensação de segurança e comodidade com vistas à preservação e incremento da longevidade e proteção do ser humano.

Com o passar dos séculos, nos quais sucessivas barbáries e desastres ocorreram, tais como guerras e genocídios, com especial ênfase às violações ocorridas na Segunda Guerra Mundial, as nações passaram a incorporar em seus ordenamentos os direitos fundamentais, cenário em que se desenvolveu o conceito de dignidade da pessoa humana. Nesse ponto, passou-se a conceber a vida não mais como um mero significado de existência que deve ser preservada a todo custo e, com isso, diversos outros direitos foram concebidos.

Pelo princípio da dignidade humana, todo ser humano possui, além do direito de viver, o direito de viver com dignidade, entendendo-se como digna a vida em que estejam ao alcance da pessoa os instrumentos necessários para que sejam satisfeitas as suas aspirações e necessidades pessoais de forma individualmente considerada. Podem-se citar como direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana: o direito ao trabalho, direito a saúde, direito ao lazer, direito a educação, entre tantos outros tipificados nas diversas constituições sociais espalhadas pelo mundo.

A constitucionalização do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana elevou consideravelmente o debate acerca dos limites dos institutos ora em análise. Diversos são os entendimentos acerca do direito a vida. No entanto, considerando a vida como a sucessão de eventos que terá como termo final a morte, passa-se a considerar esta como parte inseparável da própria vida.

Uma vez considerada a morte como parte integrante da própria vida, tem-se que o direito a uma vida digna poderia englobar o direito a uma morte

digna, conceito que será devidamente explorado, no presente trabalho, gerando assim diversas implicações importantes e controvertidas.

É nesse contexto que foi desenvolvido o chamado testamento vital, que nada mais é que um conjunto de disposições feitas por um ser humano, as quais devem ser atendidas por familiares e médicos, com vistas a trazer dignidade para o termo final de sua vida, seja para a adoção ou não de terminado tratamento ou medicamento, mesmo que isso signifique uma redução do tempo que poderia de fato continuar vivendo.

Percebe-se que esse é um assunto delicado, que, ante uma análise superficial, pode até mesmo ser visto como uma violação ao direito a vida. Com isso, o presente trabalho objetiva desenvolver um melhor estudo acerca de um eventual confronto entre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, tão comumente vistos no mesmo polo da discussão, além da implicar outros princípios à discussão, tais como o da liberdade e autonomia da vontade, de modo a melhor explicar o que seria, de fato, a supracitada visão de “morte digna” e verificar se há espaço, no ordenamento jurídico pátrio, para as disposições do referido testamento vital.

## **2 DIREITO A VIDA X DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Com o advento dos direitos fundamentais diversos bens jurídicos essenciais foram assegurados às pessoas, tais como liberdade, igualdade, propriedade e o próprio direito à vida. Com isso, as referidas prerrogativas passaram a possuir proteção constitucional e, em certos casos, um caráter quase absoluto que, muitas vezes, não acompanham a evolução da própria sociedade.

Nesse contexto temos o direito à vida, um dos principais pilares de um Estado Democrático de Direito e o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento constitucional que se amolda a todos os direitos fundamentais de modo a orientar suas aplicações.

O direito a vida é complementado pela concepção de dignidade da pessoa humana. Com essa, aquele passa a ter uma acepção mais completa, não limitando o ser humano ao mero direito de existir, e sim, de ter uma existência digna e capaz de satisfazer seus anseios e necessidades. Tal é a importância dos institutos em análise que ambos estão previstos na Constituição Federal, conforme pode ser observado a seguir:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A previsão constitucional tanto do direito a vida como da dignidade da pessoa humana evidencia sua importância em nossa sociedade. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já afirmou que “o reconhecimento da dignidade da pessoa humana é pilar de interpretação de todo o ordenamento jurídico e toda a Constituição Federativa do Brasil”.<sup>1</sup>

No entanto, para os fins do presente trabalho não basta demonstrar a constitucionalização dos institutos em análise. Deve-se demonstrar o desenvolvimento de cada um desses, de forma melhor entender como se complementam e coexistem para assim evidenciar eventuais situações em que, aparentemente, podem vir a se situar em polos opostos.

O direito a vida, tal como grande parte dos direitos existentes, passou por uma evolução com o decorrer dos anos e com o aumento do grau de desenvolvimento das sociedades. Há, ainda, substancial parcela da doutrina e

---

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão do Habeas Corpus n. 70.389-5/SP*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 23 de julho de 1994. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20ii/habeas70389.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2016

jurisprudência que defende a impossibilidade de ponderação quando se trata desse direito. Nesses termos:

É compatível com a jurisprudência da nossa Suprema Corte, portanto, não destoa da inteligência elaborada em outras jurisdições ou da mais atenta doutrina, afirmar que o direito à vida, pela sua própria importância e significado para o sistema constitucional, não admite ser ponderado com outras pretensões, se a alternativa dada para a solução do conflito é o sacrifício certo de uma existência humana<sup>2</sup>.

A referida visão refere-se ao direito à vida como imponderável em face do sacrifício certo da existência humana. Esse entendimento evidencia a análise do direito em estudo reduzido em si mesmo. Ou seja, objetiva-se garantir meramente que o ser humano continue com suas funções vitais em pleno funcionamento, não importando a tutela da forma como a pessoa vive, de fato, esse precioso bem que é a vida.

Ao se adotar o posicionamento supracitado, coloca-se a vida como bem máximo de forma irrefutável, de modo que não comporta exceções que permitam sua eventual disposição. No entanto, conforme pode ser observado no ordenamento pátrio, há exceções, como é o caso das disposições do Conselho Federal de Medicina acerca da ortonásia, as quais serão tratadas em momento oportuno.

Essas exceções possuem, entre seus diversos fundamentos, o princípio da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, tem-se um eventual conflito entre esse e o próprio direito a vida. De um lado o direito a vida garantindo a perpetuação da existência do ser humano e de outro a dignidade da pessoa humana relativizando essa visão.

A referida relativização seria capaz de permitir, a título de exemplo, que um paciente hospitalizado, ante a possibilidade de eventual perda de consciência ou capacidade para tomar decisões, deixe definido suas disposições de última vontade, tais como os tratamentos que aceita ou não ser submetido,

---

<sup>2</sup> MAGALHÃES. Leslei Lester dos Anjos. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Vida*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.163.

medicamentos que aceita ou não tomar ou mesmo acerca do desligamento de aparelhos que o mantenham vivo.

A relativização do direito á vida frente a outros preceitos como a autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana é possível devido ao caráter limitado dos direitos e garantias fundamentais, que encontra limites em normas de mesma natureza<sup>3</sup>. Assim, os direitos e garantias fundamentais podem sofrer limitações desde que haja o resguardo de seu núcleo essencial.

No entanto, a despeito de uma eventual limitação ao direito á vida, deve-se compreender o sentido que lhe é dado quando feita sua análise em conjunto com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo o princípio da dignidade da pessoa humana, somente o homem, entre os diversos seres materiais, pode ser considerado como pessoa. E é justamente esse “ser pessoa” que constitui o bem mais valioso do homem, tendo em vista que é esse o estado que lhe confere máxima dignidade<sup>4</sup>.

A fim de conferir um melhor conceito a dignidade da pessoa humana, temos os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos<sup>5</sup>.

Tendo em vista o supracitado conceito, percebe-se que a dignidade da pessoa não se restringe em sua própria existência, estendendo-se a condições de promover a participação em seu próprio destino, desde que de maneira responsável. Logo, fica claro que os direitos à vida e a autonomia da vontade

<sup>3</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000. P.58 – 59.

<sup>4</sup> MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Vida*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.112

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. P. 90.

estão fortemente ligados à ideia de dignidade humana, devendo ser respeitados, seja pelos particulares ou pelo Estado.

Em um Estado em que a Constituição Federal firmou a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, tem-se que o referido princípio é o norteador da ação estatal, fixando-se como um pilar interpretativo para os demais direitos fundamentais. Isso porque, em última instância, todos os direitos fundamentais visam o “primado da pessoa humana”<sup>6</sup>.

Assim, valendo-se do princípio da dignidade da pessoa humana para interpretar o direito a vida, esse passa a ser entendido de forma diversa e mais ampla. Abandona-se a visão da proteção da mera existência da pessoa e passa-se a defender a ideia de “existência digna”. Dessa forma, a vida é considerada em sua plenitude, com todos os seus elementos e fases, inclusive a morte, vislumbrando essa não como uma violação do direito de viver, mas como seu encerramento natural, devendo ambas, vida e morte, serem igualmente dignas.

Como pôde ser observado, o direito à vida pode ser analisado sob duas perspectivas. Como mera “existência humana” se apreciado individualmente ou, caso seja interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, como “existência digna”, garantindo à pessoa o direito à “morte digna”.

### 3 DO DIREITO À MORTE DIGNA

Os avanços na medicina nos últimos anos possibilitaram o descobrimento de tratamentos e medicamentos para diversas doenças que vitimavam milhões de vidas em séculos passados, gerando um incremento considerável na qualidade de vida das pessoas em geral.

Entretanto, entre esses avanços, foram concebidas diversas técnicas e formas de prolongamento artificial da vida, seja por meio de transplantes, utilização de aparelhos para respirar, medicamentos, entre outros. Ocorre que, muitas vezes, essas medidas são tomadas sem nenhuma perspectiva de cura,

---

<sup>6</sup> MAGALHÃES. Leslei Lester dos Anjos. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Vida*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.153

com o único intuito de preservar a vida do paciente, de modo que o acaba por ocorrer, na prática, um prolongamento do processo de morte<sup>7</sup>.

Ante esse quadro, passou-se a tratar de três institutos de grande relevância no ordenamento jurídico pátrio, quais sejam: eutanásia, ortotanásia e distanásia. Sua individualização é de grande valia para que sejam definidos os limites fixados à chamada “morte digna” no Brasil e como se dá seu tratamento no caso concreto.

A eutanásia, também chamada de “boa morte” ou “morte piedosa”, pode ser conceituada como o ato de diminuir o tempo de vida do paciente, forçando-lhe a morte<sup>8</sup>. Está associada a ideia de não prolongamento do sofrimento de uma pessoa com tratamentos inúteis ante um quadro irreversível de doença terminal<sup>9</sup>.

Podem ser destacados quatro tipos de eutanásia: genuína, em que há assistência médica e sanitária, de modo a paliar as dores do enfermo; passiva, que corresponde à omissão de cuidados médicos capazes de prolongar a vida de pacientes terminais; indireta, na qual administra-se calmantes ou medicamentos afins, aceitando-se o risco de encurtamento da vida do paciente; ativo, em que há a efetiva prática de ato pelo agente, em geral a pedido do enfermo, que causa de forma voluntária a morte<sup>10</sup>.

De qualquer modo, é certo que a eutanásia não é permitida no ordenamento jurídico pátrio, em que sua prática acarreta a tipificação do ato

---

<sup>7</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Coord.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>8</sup> COSTA JÚNIOR, Emanuel de Oliveira. *Ortotanásia, Distanásia e Eutanásia na Consciência Médica*. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

<sup>9</sup> SANTOS, Thiago do Amaral. *Testamento vital como instrumento assecuratório do direito à morte digna*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14219](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14219)>. Acesso em: 20 jun. 2016.

<sup>10</sup> SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Contornos atuais da eutanásia e da ortotanásia: bioética e biodireito. A necessidade do controle social das técnicas médicas. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 94, 1999. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67442>>. Acesso em: 28 nov. 2016. p. 273.



como crime de homicídio, ainda que privilegiado, nos termos do art.121, §1º do Código Penal.

Já a ortotanásia consiste em permitir que o enfermo siga seu caminho natural, sem que haja prolongamentos que causem sofrimentos desnecessários a uma pessoa que já vive uma realidade de dor e sem expectativas. Não devendo ser confundida com eutanásia passiva, isso porque na ortotanásia o agente não gera a morte do paciente, apenas o deixa morrer. Não há o que se falar em homicídio por omissão em razão do agente não ser o causador da morte, que já é inevitável<sup>11</sup>.

Com relação à distanásia, essa pode ser considerada como contrária a ortotanásia. Havendo o prolongamento da vida do paciente, seja por meio de medicamentos ou de aparelhos, de forma inútil, vez que a ocorrência da morte não é mais uma possibilidade e sim, uma certeza.

Deve-se ressaltar que a recomendação para se evitar a distanásia é prevista no art. 41, § único da Resolução n. 1931 do Conselho Federal de Medicina, o qual afirma ser dever do médico oferecer todos os cuidados possíveis, mas sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis, devendo sempre ser levada em consideração a vontade expressa do paciente<sup>12</sup>.

Por fim, pode-se falar, ainda, no chamado suicídio assistido. O referido instituto é diferido na eutanásia pois nele a morte é provocada pelo próprio enfermo, que recebe o auxílio de um terceiro (médico, em regra). Essa prática foi legalizada no Estado do Oregon, nos Estados Unidos, ocorrendo por meio de prescrição médica de medicamentos em quantidade capaz de acelerar o resultado morte, havendo uma série de requisitos para ocorrer, como por exemplo, o período de seis meses para que o paciente reflita sobre sua

---

<sup>11</sup> TORRE, José Henrique Rodrigues. Ortotanásia não é homicídio nem eutanásia. In: MORITZ, Rachel Duarte (Org.). *Conflitos bioéticos do viver e do morrer*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2011. p. 169-172.

<sup>12</sup> SANTOS, Thiago do Amaral. *Testamento vital como instrumento assecuratório do direito à morte digna*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14219](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14219)>. Acesso em: 20 jun. 2016.

decisão<sup>13</sup>. A legalização desse instituto demonstra a relativização do direito a vida frente a autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana, em busca de uma morte digna para o enfermo.

É certo que “morte digna” apresenta-se como um termo aberto que poderá variar de pessoa a pessoa. Não necessariamente essa dignidade será atingida por meio da abreviação da vida. Pode haver pessoas que possuam a crença na dignidade em continuar vivos, mesmo sob dor ou até mesmo falta de consciência. Com isso, deve-se buscar na autonomia de cada um a forma que melhor lhe convenha para enfrentar a fase final de sua vida, não devendo haver a imposição de escolha com fulcro unicamente em uma visão reduzida de direito à vida. É nesse contexto que se insere o testamento vital.

#### 4 DA BIOÉTICA

A bioética é uma ciência que tem por objetivo a promoção da sobrevivência e dignidade da espécie humana. Seu desenvolvimento se deu em conjunto com as diversas inovações tecnológicas na área da saúde. Pode-se afirmar que os precursores da ciência em estudo foram a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Declaração de Genebra (1948) e Código de Nuremberg (1947)<sup>14</sup>.

O advento da bioética foi importante, pois passou a fomentar a criação de diversos códigos de ética para profissionais da Medicina de modo que estimulou a queda do paradigma até então vigente de paternalismo que caracterizava as ciências médicas, nas quais o paciente sempre devia seguir as ordens do médico sem levar em conta sua vontade, para o atual paradigma, em que a referida visão cede lugar à autonomia da vontade do paciente, que é

---

<sup>13</sup> VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 92

<sup>14</sup> VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.109

reconhecido como pessoa capaz de gerir seus próprios interesses após ouvir a opinião profissional<sup>15</sup>.

Em se tratando do final da vida da pessoa, a bioética possui três princípios informativos que devem ser utilizados na tomada de decisões perante o paciente terminal. São eles: autonomia, beneficência e não maleficência. Pelo princípio da beneficência, o médico deve sempre visar do paciente enfermo. Já para a não maleficência, orienta-se o médico a não promover a distanásia, evitando tratamentos desnecessários e gravosos para pessoas já no fim da vida. Por fim, a autonomia garante ao paciente a liberdade sobre seu próprio corpo, dentro dos limites da legalidade, sendo uma consequência direta da própria dignidade da pessoa humana<sup>16</sup>.

## 5 TESTAMENTO VITAL

O testamento vital, também conhecido como declaração prévia de vontade, é um documento escrito por pessoa em pleno gozo de suas capacidades, com o intuito de manifestar seus desejos acerca de tratamentos que aceita receber ou não em um eventual estado terminal ou ausência de consciência, de forma que não seja possível que expresse sua vontade<sup>17</sup>.

A princípio, mesmo não havendo a previsão expressa desse documento no ordenamento jurídico pátrio, não haveria maiores problemas para sua aplicação com fulcro na autonomia da vontade do paciente. No entanto, a grande problemática surge quando essas disposições visam a dispensa de tratamentos necessários à continuidade da vida da pessoa.

O presente instrumento teve origem nos Estados Unidos, onde a primeira disposição nesse sentido ocorrer na Califórnia, em 1976 com o *Natural Death Act*, o qual permitia a omissão ou suspensão do suporte vital em caso de

---

<sup>15</sup> ROHE, Anderson. *O paciente terminal e o direito de morrer*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 77-79.

<sup>16</sup> VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.115-119.

<sup>17</sup> DADALTO, Luciana. *Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal)*. 2013. Disponível em: <[http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/rbyd28\\_art-dadalto.pdf](http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/rbyd28_art-dadalto.pdf)>. Acesso em: 26 jun. 2016. p. 3.

disposição prévia do paciente em sede de testamento vital (*living will*)<sup>18</sup>. Atualmente, esse instrumento possui previsão não só nos Estados Unidos, mas em diversos países, tais como Alemanha, Argentina, Bélgica, França, entre outros.

No Brasil, não há no ordenamento uma previsão específica acerca do testamento vital, no entanto nada impede que eventuais disposições sejam feitas na medida em que o próprio Código Civil previu a possibilidade de disposições não testamentárias, ainda que sem caráter exclusivamente patrimonial, conforme pode ser observado no artigo 1.857, §2º, combinado com o artigo 1.861. O grande problema, conforme foi explicitado anteriormente, são as disposições que visem o abreviamento da vida, caso em que volta-se ao debate acerca da morte digna do paciente.

O testamento vital é um instrumento que, no caso de pacientes terminais, é utilizado como meio para se atingir a chamada morte digna, entendendo-se essa, como último passo na caminhada da existência digna. Como esses são conceitos abertos, deve prevalecer à autonomia do paciente, se esse gozar de sua capacidade plena. Sendo assim, Luciana Dadalto fixa os principais objetivos do instituto em comentário:

Percebe-se assim, que os dois principais objetivos da declaração prévia de vontade do paciente terminal é garantir ao paciente que seus desejos serão atendidos no momento de terminalidade da vida e proporcionar ao médico um respaldo legal para a tomada de decisões em situações conflitivas<sup>19</sup>.

Percebe-se que, ao fixar como um dos objetivos o atendimento aos desejos do paciente terminal quanto ao fim de sua vida não está se falando em eutanásia, a qual é qualificada como homicídio ou mesmo suicídio assistido. Prega-se aqui a regulamentação da ortotanásia. O paciente é terminal, ou seja, sua morte é inevitável e seu sofrimento, muitas vezes, latente. Assim, não

<sup>18</sup> VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.121.

<sup>19</sup> DADALTO, Luciana. *Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal)*. 2013. Disponível em: <[http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/rbyd28\\_art-dadalto.pdf](http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/rbyd28_art-dadalto.pdf)>. Acesso em: 26 jun. 2016. p.4.

haveria nenhum tipo de violação ao direito á vida do paciente, e sim, seu tratamento com a dignidade que lhe deve ser reservado na escolha de enfrentar seu sofrimento, sem perspectivas de melhora ou, simplesmente, dar fim ao mesmo. De qualquer forma, a escolha deve pertencer ao paciente.

Em 2012, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução n. 1.995, que dispõe acerca do testamento vital, sendo essa a primeira regulamentação acerca do tema no Brasil. O referido diploma deixou claro acerca da impossibilidade da eutanásia no país, mas reafirmou a possibilidade de ortotanásia, colocando o médico a salvo de contestações ético-profissionais em caso de sua prática<sup>20</sup>.

Entretanto, cabe a ressalva de que o Conselho Federal de Medicina, como órgão de classe, não possui competência para legislar, de forma que a supracitada resolução não teve o condão de regulamentar as disposições antecipadas de vontade<sup>21</sup>, de modo que ainda não há um diploma regulamentador do instituto em análise.

Quanto a sua validação no plano jurídico brasileiro, a despeito da ausência de legislação específica, pode-se citar a Apelação Cível nº 70054988266/RS, tratando de uma ação para suprir a vontade de um idoso que recusava se submeter a uma cirurgia de amputação ante um quadro de necrose no pé. Os desembargadores decidiram pela manutenção do direito do idoso, tido como constitucional, por ser considerado um caso de ortotanásia, em conformidade com a previsão da Resolução nº 1995<sup>22</sup>.

Apesar de o referido Acórdão ser uma decisão isolada acerca do tema, possui grande relevância na medida em que foi expressamente tratada por um dos tribunais de justiça do Brasil a sobreposição da autonomia da vontade frente à indisponibilidade do direito á vida<sup>23</sup>. Ainda, acerca dessa análise de

---

<sup>20</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.167

<sup>21</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 164

<sup>22</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Acórdão da Apelação Cível nº 70054988266/RS*. Primeira Câmara Cível. Relator: Desembargador Irineu Mariani. Porto Alegre, 27 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

<sup>23</sup> DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p 174

direitos e garantias fundamentais como forma de validar o testamento vital, Luciana Dadalto:

Os princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III) e da Autonomia (princípio implícito no art. 5º), bem como a proibição de tratamento desumano (art. 5º, III) são arcabouços suficientes para validar este documento no âmbito do direito brasileiro, vez que o objetivo deste é possibilitar ao indivíduo dispor sobre a aceitação ou recusa de tratamentos extraordinários em caso de terminalidade da vida. Por isso, se faz essencial que o direito fundamental à liberdade seja exercido da forma mais genuína possível, sem atitudes paternalistas, seja da família, do governo, de médicos ou de qualquer outra entidade intermediária. E para que isto ocorra, é necessário que se investigue a existência de um espaço exclusivo para decisões pessoais, tutelado pela Constituição Federal, imune a interferências externas políticas ou normatizável<sup>24</sup>.

Dessa maneira, verifica-se que o testamento vital, apesar de não possuir, ainda, um regramento contundente para sua regulamentação, caminha para isso, na medida em que o caminho do desenvolvimento das nações passa pela diminuição do caráter paternalista do Estado, aumentando assim a autonomia da vontade de cada pessoa, de forma que cada um possa definir o seu caminho da forma que, ao seu juízo, seja mais digna.

## 6 CONCLUSÃO

Ante o exposto no presente trabalho, percebe-se que o embate entre direito à vida e dignidade da pessoa humana possui apenas um caráter aparente. Isso porque o princípio da dignidade complementa o sentido do referido direito, de modo que denota uma nova faceta desse, mais ampla e complexa, na medida em que deixa de ser visto como mero “direito a existência” e passa a representar a chamada “existência digna”.

Ao se analisar o direito a existência digna, tem-se que esse leva em conta diversos fatores que conferem dignidade, de forma efetiva, a vida de cada

<sup>24</sup> PENALVA, Luciana Dadalto; TEXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira. Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro. In: BARBOZA, Heloiza Helena; MENEZES, Raquel Aisengart; PEREIRA, Tania da Silva. *Vida, morte e dignidade humana*. São Paulo: GZ editora, 2010, p. 59.

pessoa. Direitos como: saúde, lazer, educação, trabalho, entre outros, passam a fazer parte do conceito de vida digna. Essa, por sua vez, passa a ser encarada de forma ampla, englobando todas as fases da vida do sujeito, inclusive sua morte, que passa a não ser vista como uma consequência natural que merece igual dignidade.

Nesse diapasão, apresenta-se o testamento vital ou disposições antecipadas de vontade como um instrumento voltado para essa nova face do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, qual seja, a morte digna. Com o instrumento em análise, passa-se a tratar a morte como a etapa final da vida sendo, em decorrência disso, merecedora da mesma dignidade conferida a essa.

No entanto, a dignidade na morte acaba por se configurar como um conceito aberto, de modo que cada pessoa, de acordo com suas crenças e desejos, a idealiza de forma diferente. É nesse ponto que se faz imprescindível a renúncia ao paternalismo estatal em nome da primazia da autonomia da vontade.

Não há que se obrigar uma pessoa, contra a sua vontade, a tratamentos desnecessários e gravosos que, além de causar sofrimento ao paciente, não impedem a inevitabilidade do resultado morte. Assim, o testamento vital ou disposições antecipadas de vontade nada mais é do que um instrumento que autoriza, com o consentimento de pessoa capaz, a ortotanásia, ou seja, a permissão da morte natural, sem medidas paliativas que a prorroguem a vida, mas que são incapazes de impedir a morte, causando assim sofrimento desnecessário ao paciente terminal.

Assim, o instituto do testamento vital ou disposições antecipadas de vontade mostra-se mais do que um instrumento voltado para pacientes terminais atingir a chamada morte digna. Consubstancia-se em um verdadeiro fomentador do debate acerca dos limites da indisponibilidade do direito à vida.

É de máxima importância salientar que a defesa do testamento vital no presente trabalho não representa uma defesa à eutanásia, a qual é qualificada

como crime de homicídio no ordenamento pátrio. Defende-se a liberdade de escolha para o paciente. Pleiteia-se não a violação do direito à vida, mas a persecução da dignidade da pessoa humana, em que o sujeito possa escolher entre enfrentar a morte iminente ou simplesmente, aceita-la, pondo fim a eventual sofrimento.

## REFERÊNCIAS

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Coord.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão do Habeas Corpus n. 70.389-5/SP**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 23 de julho de 1994. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20ii/habeas70389.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

COSTA JÚNIOR, Emanuel de Oliveira. **Ortotanásia, Distanásia e Eutanásia na Consciência Médica**. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

DADALTO, Luciana. **Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal)**. 2013. Disponível em: <[http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/rbyd28\\_art-dadalto.pdf](http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/rbyd28_art-dadalto.pdf)>. Acesso em: 26 jun. 2016.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

PENALVA, Luciana Dadalto; TEXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira. Terminalidade e autonomia: uma abordagem do testamento vital no direito brasileiro. In: BARBOZA, Heloiza Helena; MENEZES, Raquel Aisengart; PEREIRA, Tania da Silva. **Vida, morte e dignidade humana**. São Paulo: GZ editora, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão da Apelação Cível nº 70054988266/RS**. Primeira Câmara Cível. Relator:



Desembargador Irineu Mariani. Porto Alegre, 27 de novembro de 2013.  
Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

ROHE, Anderson. **O paciente terminal e o direito de morrer**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Contornos atuais da eutanásia e da ortotanásia: bioética e biodireito. A necessidade do controle social das técnicas médicas. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. 94, 1999.  
Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67442>>.  
Acesso em: 28 nov. 2016.

SANTOS, Thiago do Amaral. **Testamento vital como instrumento assecuratório do direito à morte digna**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14219](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14219)>.  
Acesso em: 20 jun. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TORRE, José Henrique Rodrigues. Ortotanásia não é homicídio nem eutanásia. In: MORITZ, Rachel Duarte (Org.). **Conflitos bioéticos do viver e do morrer**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2011.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final da vida**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

# REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL COMO EFETIVAÇÃO DO CARÁTER RETRIBUTIVO DA PENA

Lourrayne Garcia<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade abordar a questão da redução da maioridade penal no Brasil como medida que permita a efetivação do caráter punitivo da pena. Para tanto, parte-se da breve conceituação da pena e seus objetivos sob o aspecto criminal. Em seguida, aborda-se a imputabilidade penal no Brasil e as propostas existentes para a redução da maioridade penal em nosso ordenamento jurídico. Dessa forma, busca-se demonstrar que o limite mínimo para a idade penal não deve ser estabelecido apenas a partir da capacidade de ressocialização deferido pelo sistema penal de cada país, mas também sob a proporcionalidade entre o crime cometido e a pena a ser aplicada, de forma a garantir o objetivo punitivo das penas.

**Palavras-chave:** Sistema penal. Imputabilidade penal. Redução da maioridade penal. Caráter punitivo da pena.

## ABSTRACT

The purpose of this paper is to address the issue of the reduction of the criminal majority in Brazil as a measure that allows the punitive character of the punishment to take effect. In order to do so, it starts with the brief conceptualization of the penalty and its objectives in the criminal aspect. Next, we address the criminal imputability in Brazil and the existing proposals for the reduction of the criminal majority in our legal system. In this way, it tries to demonstrate that the minimum limit for the penal age should not be established only from the capacity of resocialization deferred by the criminal system of each country, but also under the proportionality between the crime committed and the penalty to be applied, In order to guarantee the punitive purpose of penalties

**Keywords:** Penal system. Penal imputability reduction of penal majority. Penalty punitive character.

---

<sup>1</sup> Pós-graduanda em Direito Público na UNICEUB. Graduada pela UFG/GO. Analista do MPU/Apoio Jurídico/Direito. Procuradoria Geral da República.

## 1 INTRODUÇÃO

Conceitua-se como maioridade penal a idade a partir da qual se define que o indivíduo deve responder por qualquer violação da lei na condição de adulto, sem a percepção de qualquer regime ou garantia diferenciada.

Trata-se, portanto, da idade estabelecida como limite mínimo para que a pessoa deixe de ser penalmente inimputável e passe a ter plena imputabilidade penal.

No Brasil, o artigo 228 da Constituição Federal estabelece, em relação a idade, como penalmente imputáveis os maiores de 18 (dezoito) anos, cabendo aos menores, portanto, responder por eventuais atos que infrinjam à lei de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nessa esteira, verifica-se que, assim como em outros países, o indivíduo abaixo da maioridade penal estabelecida, no caso, 18 (dezoito) anos, está sujeito a punições mais leves, como advertência, atividades socioeducativas, trabalhos sociais, acompanhamento social ou psicológico, detenções ou internações em instituições correccionais ou reformatórios, etc., existindo, inclusive, varas de justiça específicas para o encaminhamento de acusações em tais situações.

Há alguns anos, porém, acirrou-se o debate sobre a necessidade de redução da maioridade penal no Brasil, sendo que, em 31 de março de 2015, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara aprovou a PEC 171/93, que reduz a maioridade penal de dezoito para dezesseis anos.

Contrária a essa proposta e demais no mesmo teor, afirma-se, principalmente, a inexistência de um sistema penal no Brasil preparado para garantir a ressocialização desses sujeitos comumente denominados “menores infratores”.

O presente trabalho visa, portanto, esclarecer que a reforma da maioridade penal no Brasil é necessária ainda que não garanta a efetivação da natureza ressocializadora da pena, mas também como meio hábil a garantir que

determinados crimes, notadamente os hediondos, cometidos pelos ditos “menores infratores, não permaneçam sem a punição proporcional à gravidade que os revestem.

## 2 PENA: CONCEITOS E FINALIDADES

Em apartada síntese, entende-se que, a partir de uma concepção moderna, a pena constitui “sanção imposta pelo Estado, através de ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a *retribuição* ao delito perpetrado e a *prevenção* a novos crimes” e ainda que “é a sanção do Estado, valendo-se do devido processo legal, cuja finalidade é a repressão ao crime perpetrado e a prevenção a novos delitos, objetivando reeducar o delinquente, retirá-lo do convívio social enquanto for necessário, bem como reafirmar os valores protegidos pelo Direito Penal e intimidar a sociedade para que o crime seja evitado”<sup>2</sup>

Destarte, pode-se afirmar que hodiernamente atribui-se duas grandes funções à pena, quais sejam a de (a) *prevenção*, a qual caracteriza-se pela finalidade ressocializadora da pena, buscando evitar a reincidência do indivíduo e (b) a de *retribuição*, caracterizada pelo *jus puniendi* Estatal, o qual atua como forma de punir o criminoso pelo mal que causou, de forma proporcional e amparado no princípio da justiça distributiva.

## 3 IMPUTABILIDADE PENAL

Conceitua-se a imputabilidade penal como a condição que possui o agente de sofrer a aplicação da pena. Entende-se, portanto, como imputável aquele que, ao tempo da ação ou omissão, tinha plena compreensão e autodeterminação do fato, possuindo discernimento sobre o caráter ilícito deste.

Segundo afirma Guilherme de Souza Nucci a imputabilidade penal:

É o conjunto das condições pessoais, envolvendo inteligência e vontade, que permite ao agente ter

---

<sup>2</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. pp. 379 e pp. 389

entendimento do caráter ilícito do fato, comportando-se de acordo com esse entendimento. O binômio necessário para a formação das condições pessoais do imputável consiste em sanidade mental e maturidade.

Para avaliar a inimputabilidade penal, a doutrina adota os seguintes critérios:

a) critério biológico: por esse critério, também denominado etiológico, a inimputabilidade estará comprovada por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Para este critério não será indagado sobre as condições psicológicas do agente e sua capacidade de autodeterminar-se;

b) critério psicológico: por esse critério, o que se avalia é a atividade psíquica, cuja deficiência encaminhará o agente para a inimputabilidade. O critério psicológico é insuficiente para aferir a inimputabilidade, pois, até mesmo para psiquiatras, é difícil a constatação exata da ausência de consciência e vontade no momento em que o crime é cometido.

c) critério biopsicológico: = a inimputabilidade é definida com base em dois critérios: a) biológico: existência de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado e

d) psicológico: ausência, no momento da prática do crime, de compreensão do caráter ilícito do fato e da possibilidade de comportar-se de acordo com esse entendimento.

No Brasil, o Código Penal adotou o o Código Penal adotou o critério misto ou biopsicológico, conforme percebe-se nos artigos 26 a 28 do Código Penal.

De fato, pela lei brasileira, consideram-se inimputáveis aqueles que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, bem como os menos de 18 (dezoito) anos.

## 4 A MAIORIDADE PENAL SOB A ÓTICA DO DIREITO COMPARADO

Até o início do século XX a criança era entendida como “propriedade dos pais”, não cabendo ao Estado ingerir em sua criação. Nem mesmo a comunidade internacional se preocupada em resguardar seus direitos.

Esse cenário começou a se transformar a partir de dois eventos: (a) os movimentos sociais, que reivindicavam direitos trabalhistas e (b) a Primeira Guerra Mundial, que gerou um grande número de crianças órfãs, sendo que, em 1969 foi assinada a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, da qual o Brasil é signatário.

Existem, no entanto, dois sistemas de proteção aos direitos humanos da criança e do adolescente, o (a) homogêneo, que disponibiliza sistemas de proteção indistintamente à universalidade das pessoas e (b) o heterogêneo, que disponibiliza um sistema distinto de proteção a um grupo de pessoas em face de diversas circunstâncias em que ele possa se encontrar.

PAÍS	INÍCIO DA RESPONSABILIDADE PENAL	DETERMINAÇÕES
BRASIL	118	O Art. 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às medidas socioeducativas previstas na Lei
ESTADOS UNIDOS DO BRASIL	12/16	Na maioria dos Estados do país, adolescentes com mais de 12 anos podem ser submetidos aos mesmos procedimentos dos adultos, inclusive com a imposição de pena de morte ou prisão perpétua. O país não ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.
		A Lei chinesa admite a responsabilidade de

CHINA	14/16	adolescentes de 14 anos nos casos de crimes violentos como homicídios, lesões graves intencionais, estupro, roubo, tráfico de drogas, incêndio, explosão, envenenamento, etc. Nos crimes cometidos sem violências, a responsabilidade somente se dará aos 16 anos.
ARGENTINA	16	O Sistema Argentino é Tutelar. A Lei N° 23.849 e o Art. 75 da <i>Constitución de la Nación</i> Argentina determinam que, a partir dos 16 anos, adolescentes podem ser privados de sua liberdade se cometem delitos e podem ser internados em <i>alcaldías</i> ou penitenciárias.
FRANÇA	13/18	Os adolescentes entre 13 e 18 anos gozam de uma presunção relativa de irresponsabilidade penal. Quando demonstrado o discernimento e fixada a pena, nesta faixa de idade ( <i>Jeune</i> ) haverá uma diminuição obrigatória. Na faixa de idade seguinte (16 a 18) a diminuição fica a critério do juiz.
IRLANDA	12/15	A idade de início da responsabilidade está fixada aos 12 anos, porém a privação de liberdade somente é aplicada a partir dos 15 anos.
JAPÃO	21	A Lei Juvenil Japonesa embora possua uma definição delinquência juvenil mais ampla que a maioria dos países, fixa a maioridade penal aos 21 anos.
		Embora a idade de início da

INGLATERRA E PAÍSES DE GALES	10/15	responsabilidade penal na Inglaterra esteja fixada aos 10 anos, a privação de liberdade somente é admitida após os 15 anos de idade. Isto porque entre 10 e 14 anos existe a categoria <i>Child</i> , e de 14 a 18 <i>Young Person</i> , para a qual há a presunção de plena capacidade e a imposição de penas em quantidade diferenciada das penas aplicadas aos adultos. De 18 a 21 anos, há também atenuação das penas aplicadas.
MÉXICO	11	A idade de início da responsabilidade juvenil mexicana é em sua maioria aos 11 anos, porém os estados do país.
TURQUIA	11	Sistema de Jovens Adultos até os 20 anos de idade.

## 5 DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL: ATUALIDADE E PROPOSTAS DE MUDANÇA

Conforme já exposto, o artigo 228 da Constituição Federal estabelece que os menores de 18 (dezoito) anos são inimputáveis e se sujeitam à norma especial, no caso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, promulgado em 1990.

Verifica-se, então, que além de garantir uma série de direitos à criança e ao adolescente, como o direito à saúde, à educação e à liberdade, o ECA também determina as medidas que devem ser adotadas quando o adolescente comete alguma infração.

Ao contrário do Código Penal, porém, que visa estabelecer punições adequadas para os vários tipos de crimes nele previsto, o ECA possui nítido caráter protetivo e pedagógico, prezando pela educação do jovem.



Nessa esteira, o ECA não denomina como crime o descumprimento da lei pelo jovem, mas sim infração; do mesmo momo, não se faz menção à penas, mas apenas à medidas socioeducativas.

Tem-se, portanto, a previsão de 6 (seis) medidas socioeducativas:

- a) advertência;
- b) obrigação de reparar o dano;
- c) prestação de serviços à comunidade;
- d) liberdade assistida;
- e) semiliberdade;

f) internação, limitada ao máximo de 3 (três) anos em centros de recuperação.

Entretanto, precipuamente em razão do aumento da violência praticada por menores de 18 (dezoito) anos, acirraram-se os debates sobre a necessidade de que a maioria penal no Brasil seja reduzida para, pelo menos, os 16 (dezesesseis) anos.

Tramitam, inclusive, 2 (duas) propostas de Emenda à Constituição para alterar o artigo 228, reduzindo-se a maioria penal para os 16 (dezesesseis) anos. São elas:

a) PEC 171/93 – prevê a redução da maioria penal somente aos jovens que cometerem crimes hediondos, homicídio doloso, lesão corporal grave, seguida ou não de morte, e roubo qualificado. Determina que os jovens entre 16 e 18 anos condenados por esses crimes cumpram pena em estabelecimento separado dos maiores de 18 anos e dos menores de 16 anos. Trata-se de proposta aprovada pela Câmara Federal em 30/6/2015;

b) PEC 33/2012 – prevê a desconsideração da inimputabilidade penal dos menores de 18 anos conforme o caso, exigindo, para tanto, o julgamento por uma vara especializada e a avaliação psicológica por perito. Assim como a PEC 171/93, determina que os menores de 18 (dezoito) anos cumpram pena em

regime separado. Trata-se de proposta oriundo no Senado Federal e ainda não votada.

### **5.1 Posições contrárias a redução da maioria penal**

Para aqueles que repudiam a redução da maioria penal, utiliza-se o principal argumento de que o ECA traz um sistema adequado e eficaz, disciplinando de forma suficiente as situações em que os adolescentes cometem atos infracionais.

Aduzem, portanto, que a partir do momento em que o ECA foi plenamente aplicado, as medidas por ele previstas são suficientes à promover a punição e ressocialização dos jovens infratores.

Aduzem, ainda, que submeter os menores de 18 (dezoito) anos a um sistema prisional que mal suporta a população adulta, é política falha desde seu nascimento e que, em consequência, acaba por induzir o jovem à criminalidade, visto submetê-lo a situação degradante e não condizente às garantias previstas na Constituição.

### **5.2 Posições favoráveis à redução da maioria penal**

No grupo daqueles que defendem a redução da maioria penal, rebate-se o argumento de que o ECA seria suficiente para disciplinar os jovens infratores, uma vez que as medidas mais leves nele previstas acaba por dar a sensação de impunidade aos jovens que descumprem as leis.

Ademais, defendem que não seria possível afirmar que submeter os jovens ao sistema prisional atual seria capaz de induzir o aumento da criminalidade entre eles, uma vez previsto o cumprimento de pena em estabelecimento separado dos adultos.

Por fim, outro forte argumento relaciona-se à capacidade de discernimento dos adolescentes entre 16 e 17 anos que permite, inclusive, elegerem seus representantes políticos, motivo pelo qual devem responder por seus próprios atos como adultos, principalmente quando diante da prática de

crimes hediondos, cuja falta de punição mais severa causa indignação da sociedade.

## 6 CONCLUSÕES

A inimputabilidade penal para os menores de 18 (dezoito) anos no Brasil não implica que os sujeitos que se enquadrem nessa situação ficarão impunes por eventuais atos ilícitos, mas sim que serão submetidos à um regime especial de responsabilização, em que, embora seja prevista a privação de liberdade quando aplicada a medida de internação, se revelam como uma punição mais leve que aquela prevista aos adultos.

Nesse cenário, forçoso reconhecer determinados crimes praticados por menores de 18 (dezoito) anos, que causam indignação geral à população, acabam por receber uma punição que não se mostra proporcional e adequada à gravidade em que foram cometidos.

De fato, a pena, aqui reconhecida como a resposta estatal a uma infração à lei, tem duas finalidades reconhecidas majoritariamente: a retributiva, que se entende pelo caráter punitivo em sentido estrito e a preventiva, que se caracteriza pelo objetivo de reeducar o agente de maneira a impedir que venha a praticar novos delitos.

Pode-se afirmar, portanto, que finalidade retributiva da pena não resta atendida pelas medidas previstas pelo ECA. De fato, em caso em que o adolescente comete um crime hediondo e, após avaliação psicológica, mostra-se plenamente consciente de sua conduta e da gravidade dela, nenhuma das medidas socioeducativas serão hábeis a puni-lo e nem mesmo prevenir que cometa novos crimes, visto permanecer uma sensação de impunidade estimulada, muitas vezes, pelo próprio clamor da sociedade por uma punição mais severa.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MAGISTRADOS E PROMOTORES DE JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. **Manual do participante do programa de atualização em direito da criança**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BITENCOURT, César Roberto. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html)>. Acesso em: 2 jul. 2016.

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral; MENDEZ, Emílio Garcia (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES NETO, Gercino Gerson. **Ato infracional: inimputabilidade penal como cláusula pétrea**. Florianópolis: Centro das Promotorias da Infância, 2000.

JESUS, Damásio E. **Direito Penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

KAHN, Túlio. Delinquência juvenil se resolve aumentando oportunidades e não reduzindo idade penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 9, n. 104, jul. 2001.

LEAL, César Barros; PIEDADE JÚNIOR, Heitor (Org.). **Idade da responsabilidade penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e ato infracional: medida sócio-educativa é pena?** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TAVARES, José de Farias. **Direito da infância e da juventude**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

VOLPI, Mário (Org.). **O adolescente e o ato infracional**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

# DIREITO AO NOME DOS TRANSGÊNEROS E (IM)POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO

Luiz Humberto Vieira Guido<sup>1</sup>  
Nayara de Jesus Tolentino<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem por finalidade apresentar as nuances relativas aos transgêneros, quanto as dificuldades em obter o direito ao nome referente a sua condição, objetivando-se com isso, o esclarecimento do leitor e a diminuição do preconceito contra essas pessoas que possuem identidade de gênero diferente do sexo apresentando no seu nascimento, para que possam ter os mesmos direitos e deveres que qualquer cidadão e serem respeitadas, não ficando a margem da sociedade. Sendo assim, o artigo é composto de três partes: a primeira referente ao termo gênero, tratando da sua parte história até a transexualidade; a segunda, sobre o direito ao nome, que consiste em um direito personalíssimo que qualifica o indivíduo, inerente ao nascimento e transcendente a morte, possuindo o caráter absoluto, obrigatório, indisponível, imprescritível, inalienável, incessível, inexpropriável, irrenunciável e intransmissível, sendo considerado um dos direitos fundamentais do homem para o exercício de outros direitos; por último, o mais importante, sobre a possibilidade ou não dos transgêneros trocar de nome, em virtude destes se exporem constantemente ao ridículo por não aparentarem fisicamente como o sexo do nascimento, pois seu gênero é diferente, o que tornam completamente constrangedoras o cumprimento de atos dos mais simples e básicos do dia-a-dia. A alteração do nome no caso das pessoas transgêneras, permite um estado de bem estar físico, mental e social, garantindo a saúde plena do transgênero. Com isso, o Direito, vem ganhando força com a ideia de reconhecimento e autorização de mudanças no registro civil dos transgêneros para a utilização do nome social que escolheram e que melhor reflete essa nova condição dentro da sociedade.

**Palavras-chave:** Transgêneros. Alteração. Nome.

## ABSTRACT

---

<sup>1</sup> O autor é pós-graduado em Direito Processual Civil, pelo UniCeub. Estudante, pós-graduando em Direito do Trabalho e Previdenciário, no UniCeub. E-mail: lhvg@zipmail.com.br. SEPN 707/907 - Campus do UniCEUB - Asa Norte - Brasília - DF - CEP 70790-075. Telefone: (61) 3966-1200.

<sup>2</sup> Aluna do curso de pós-graduação lato sensu em Direito Sociais, Ambiental e do Consumidor, no Centro Universitário de Brasília - UniCEUB/ICPD. E-mail: nayaratolentino@gmail.com.

The purpose of this article is to present the differences regarding transgenders, as well as the difficulties in obtaining the right to the name related to its condition, aiming at this, the clarification of the reader and the reduction of prejudice against those people who have gender identity Different from the sex presented at birth, so that they can have the same rights and duties as any citizen and be respected, not staying at the margin of society. Thus, the article is composed of three parts: the first one referring to the term gender, dealing with its history to transsexuality; The second, on the right to the name, which consists of a very personal right that qualifies the individual, inherent in the birth and transcendent of death, possessing the absolute, obligatory, unavailable, imprescriptible, inalienable, unavoidable, inexpressible, inalienable and nontransferable character being considered as one of the fundamental human rights for the exercise of other rights; lastly, most importantly, the question of whether or not transgenders can be renamed is that they are constantly exposed to ridicule because they do not appear physically to be the sex of birth because their gender is different, which makes it completely embarrassing to comply with acts of the most simple and basic of the day to day. The change of name in the case of transgender people allows a state of physical, mental and social well-being, guaranteeing the full health of the transgender. With this, Law has been gaining strength with the idea of recognition and authorization of changes in the civil registry of transgender people to use the social name they have chosen and that best reflects this new condition within society.

**Keywords:** Transgender. Amendment. Name.

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito deve refletir como fato social na sociedade. E nesse sentido deve proteger e garantir os direitos individuais das pessoas que se identificam como transgêneros. Esta denominação não está relacionada ao sexo, mas sim à sua condição psicológica.

Quando nascemos somos definidos pelos sexos masculino e feminino, de acordo com certas características físicas, externas e internas. O critério que define o sexo de uma pessoa é de ordem biológica, natural, imutável, podendo ser cromossômico, gonadal e morfológico<sup>3</sup>. Isso é identidade de sexo.

Todavia, a identidade de gênero é diferente da identidade de sexo, que por sua vez é diferente de orientação sexual.

---

<sup>3</sup> LEITE, George Salomão et. al. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013.

A expressão orientação sexual se refere a como nos sentimos em relação à afetividade e sexualidade.<sup>4</sup> Diz respeito à inclinação da pessoa no sentido afetivo, amoroso e sexual<sup>5</sup>.

Portanto, temos vários tipos de orientação sexual, como exemplo:

**Homossexuais:** é a atração afetiva e sexual por pessoas do mesmo gênero/sexo. As lésbicas, nesse contexto, são mulheres que gostam de mulheres, e os gays são homens que gostam de homens, também sendo o termo usado para mulheres.

**Heterossexuais:** é a atração afetiva e sexual por pessoas do gênero/sexo oposto.

**Bissexuais:** seria a atração afetiva e sexual por qualquer pessoa do binarismo de gênero: “homens” ou “mulheres”.

**Assexuais:** a assexualidade diz respeito às pessoas que não sentem atração por nenhum gênero. Mas vale ressaltar que ainda é uma “sexualidade” em construção.

**Pansexuais:** é a atração afetiva ou sexual que não depende de gênero ou sexo.<sup>6</sup>

A orientação sexual se refere a quem nos relacionamos e a identidade de gênero faz referência a como nos reconhecemos dentro dos padrões de gênero estabelecidos socialmente. Existem dois sexos (mulher e homem) e dois gêneros (feminino e masculino). Nesse sentido, a maioria das mulheres se reconhecem no gênero feminino e a maioria dos homens no masculino.

Porém, isso nem sempre ocorre, pois existem pessoas que o seu sexo biológico discorda do seu gênero: os travestis e transexuais, ou transgêneros.

Houve a escolha deste tema, objetivando-se a o esclarecimento do leitor e a diminuição do preconceito contra essas pessoas que possuem identidade de gênero diferente do sexo apresentando no seu nascimento, para que possam ter

<sup>4</sup> PINHEIRO, Livia R. *Entenda identidade de gênero e orientação sexual*. Disponível em: <<http://www.plc122.com.br/orientacao-e-identidade-de-genero/entenda-diferenca-entre-identidade-orientacao/#ixzz4RnFtUwMR>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

<sup>5</sup> A *DIFERENÇA entre sexo, identidade de gênero e orientação sexual*. Disponível em: <<http://www.livrariaflorence.com.br/blog/a-diferenca-entre-sexo-identidade-de-genero-e-orientacao-sexual/>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

<sup>6</sup> A *DIFERENÇA entre sexo, identidade de gênero e orientação sexual*. Disponível em: <<http://www.livrariaflorence.com.br/blog/a-diferenca-entre-sexo-identidade-de-genero-e-orientacao-sexual/>>. Acesso em: 07 dez. 2016.



os mesmo direitos e deveres que qualquer cidadão e serem respeitadas, não ficando a margem da sociedade.

Com isso, o artigo é dividido em três partes, de início busca-se apresentar o termo gênero e sua origem até a transexualidade, para que, após, se possa estudar o que consiste o direito ao nome, em seguida, a possibilidade ou não dos transgêneros trocar de nome, já que rege o ordenamento brasileiro o princípio da imutabilidade do nome.

## 2 GÊNERO

O termo gênero vem sendo tratado com várias conotações desde 1950, por movimentos de mulheres e de contestação da normativa heterossexual - grupos LGBTT<sup>7</sup>, para expressar uma diferença social e psicológica entre homens e mulheres<sup>8</sup>.

Diante disso, identidade de gênero consiste na percepção que cada indivíduo tem de si mesmo, dentro dos padrões de gênero estabelecidos socialmente<sup>9</sup>, fisicamente e emocionalmente, que tem início no nascimento e que vai sendo construído durante a infância e a adolescência, atingindo seu ápice na fase adulta<sup>10</sup>.

Dentro desta identidade existem o “cisgênero”, o indivíduo que identifica-se com o mesmo gênero de nascimento” (binários) e o “transexual”

<sup>7</sup> SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.367.

<sup>8</sup> MACHADO, Bruno. *Qual a diferença entre identidade de gênero e orientação sexual?* Disponível em: <<http://mundoestranho.abril.com.br/saude/qual-a-diferenca-entre-identidade-de-genero-e-orientacao-sexual/>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

<sup>9</sup> PINHEIRO, Livia R. *Entenda identidade de gênero e orientação sexual*. Disponível em: <<http://www.plc122.com.br/orientacao-e-identidade-de-genero/entenda-diferenca-entre-identidade-orientacao/#ixzz4RnFtUwMR>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

<sup>10</sup> STURZA, Janaína Machado; SCHORR, Janaína Soares. Transexualidade e os direitos humanos: tutela jurídica ao direito à identidade. *Revista jurídica Cesumar*, v. 15, n.1, p. 265-285, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/4101>>. Acesso em: 08 dez. 2016.

(e/ou transgêneros) que identifica-se com gênero diferente daquele que lhe foi dado no nascimento<sup>11</sup>.

Dessa forma, fica claro a diferença entre sexo (definido no nascimento) e gênero, como apresentado na tabela a baixo:

<b>Sexo biológico</b>	<b>Gênero psíquico</b>	<b>Orientação Sexual</b>	<b>Reconhecimento</b>
Mulher	Feminino	Bissexual	Mulher Bissexual
Mulher	Feminino	Heterossexual	Mulher Heterossexual
Mulher	Feminino	Homossexual	Mulher Homossexual
Mulher	Feminino	Assexual	Mulher Assexual
Mulher	Masculino	Bissexual	Homem Bissexual
Mulher	Masculino	Heterossexual	Homem Heterossexual
Mulher	Masculino	Homossexual	Homem Homossexual
Mulher	Masculino	Assexual	Homem Assexual
Homem	Masculino	Bissexual	Homem Bissexual
Homem	Masculino	Heterossexual	Homem Heterossexual
Homem	Masculino	Homossexual	Homem Homossexual
Homem	Masculino	Assexual	Homem Assexual
Homem	Feminino	Bissexual	Mulher Bissexual
Homem	Feminino	Heterossexual	Mulher Heterossexual
Homem	Feminino	Homossexual	Mulher Homossexual
Homem	Feminino	Assexual	Mulher Assexual

Fonte: <http://www.plc122.com.br/orientacao-e-identidade-de-genero/entenda-diferenca-entre-identidade-orientacao/#ixzz4RnFtUwMR>

<sup>11</sup> MACHADO, Bruno. *Qual a diferença entre identidade de gênero e orientação sexual?* Disponível em: <<http://mundoestranho.abril.com.br/saude/qual-a-diferenca-entre-identidade-de-genero-e-orientacao-sexual/>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

O primeiro campo científico a discutir o termo gênero foi o da psicologia, pelo psicólogo John Money (1921-2006)<sup>12</sup>, com objetivo de enfrentar casos de transexuais e intersexuais<sup>13</sup>.

Nos Estados Unidos, os estudos referentes ao gênero ocorreram na metade do século XX, nas quais foram estabelecidas discussões em torno do status transgêneros.

Sendo assim, o termo “transgênero” foi criado pelo psiquiatra John F. Oliven<sup>14</sup>, que ganhou grande notoriedade nacional em 1953, com o retorno do ex-combatente George Jorgensen aos EUA como a glamorosa Christine, após uma cirurgia de transgenitalização realizada na Dinamarca, mesmo não sendo primeiro transgênero a submeter, contribuindo para uma mudança importante no imaginário popular acerca da possibilidade de “mudança de sexo”.<sup>15</sup>.

Em seguida, em 1954, a expressão “transexual” foi introduzida pelo endocrinologista Harry Benjamin, que passou a tratar em Nova York pessoas transgêneras em busca de modificação corporal, descrevendo o transexualismo como um “distúrbio de divisão sexual” (sex-split disorder), no qual “os pacientes sentem que suas mentes e almas estão aprisionadas em corpos errados”. Também apresenta uma escala da orientação sexual baseada no trabalho de Alfred Kinsey, categorizando diferentes formas e subtipos de travestismo e transexualismo em homens biológicos<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> MACHADO, Bruno. *Qual a diferença entre identidade de gênero e orientação sexual?* Disponível em: <<http://mundoestranho.abril.com.br/saude/qual-a-diferenca-entre-identidade-de-genero-e-orientacao-sexual/>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

<sup>13</sup> SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.367.

<sup>14</sup> MACHADO, Bruno. *Qual a diferença entre identidade de gênero e orientação sexual?* Disponível em: <<http://mundoestranho.abril.com.br/saude/qual-a-diferenca-entre-identidade-de-genero-e-orientacao-sexual/>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

<sup>15</sup> GRANT, Carolina. *Direito e gênero em trânsito: quando corpos e gêneros em trânsito obrigam o trânsito do Direito – uma análise crítica da ley de identidad de género argentina e do PL 5.002/2013 a partir dos estudos queer*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f01287d4b412a2b1>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

<sup>16</sup> GRANT, Carolina. *Direito e gênero em trânsito: quando corpos e gêneros em trânsito obrigam o trânsito do Direito – uma análise crítica da ley de identidad de género argentina e do PL 5.002/2013 a partir dos estudos queer*. Disponível em:

Entretanto, são apresentadas modalidade de transexuais pela doutrina: a) transexual verdadeiro, ou primário, indivíduos que apresentam desde a formação de sua identidade, rejeição ao corpo biológico e a convicção de pertencerem ao sexo oposto, que buscam a cirurgia como único meio de adequação; b) transexual secundário, aqueles que oscilam entre o travestismo e homossexualidade, manifestando a vontade de pertencer ao sexo oposto, ou seja, aceitam seu corpo<sup>17</sup>.

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves, acrescentam que transexual secundário, também é aquele que tenta se comportar de acordo com as regras da dita normalidade, na tentativa de adaptação e adequação de suas preferências, sendo difícil julga-lo<sup>18</sup>.

Infelizmente, o Estado se preocupa mais em definir o que é transexualidade<sup>19</sup>, do que da direitos e deveres aos transexuais, que muitas vezes ficam sem o total amparo do Direito, perpetuando o preconceito, a humilhação pública e a exclusão social.

O critério de sexo não pode mais ser o único para se buscar a individualização da pessoa, sendo necessário o reconhecimento do gênero como elas se identificam, para viver um vida plena como qualquer outra pessoa. Então tem-se de buscar outras formas de individualização da pessoa, especialmente os transgêneros, com a singela finalidade de inclusão social e reconhecimento público.

E uma das formas de diminuir isso, ou até mesmo, mudar, é o reconhecimento jurídico de sua nova condição biológica, ou seja, homens que vivem e se sentem dentro do universo feminino e mulheres que vivam e se

---

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f01287d4b412a2b1>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

<sup>17</sup> CUNHA, Leandro Reinaldo da. *Identidade e redesignação de gênero*: aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015. p. 37.

<sup>18</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato De Oliveira. *Manual de biodireito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 266.

<sup>19</sup> LOPES, Ana Luiza Martins Dias. *O direito à identidade de gênero e ao nome civil dos transexuais*: uma análise do atual cenário e da necessidade de adequação das normas brasileiras. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2015\\_2/ana\\_lopes.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2015_2/ana_lopes.pdf)>. Acesso em: 11 dez. 2016.

sintam no universo masculino, podendo e devendo ser reconhecidos nessa condição diversa da forma que melhor lhe convierem.

### 3 DIREITO AO NOME

Desde os primórdios, sempre existiu uma necessidade pelo homem de identificação, para individualiza-se e comunicar-se em uma comunidade, também para distinguir os objetos e animais.

Por meio desta evolução, o nome civil originou-se, e homem foi constituindo direitos e deveres, ganhando formas perante sociedade.

A Constituição Federal de 1988, consagra o direito ao nome pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, para preservar a pessoa humana, por ser um dos valores máximos do seu ordenamento jurídico.

Já no Código Civil de 2002 e na Lei de Registros Públicos (Lei no 6.015/73) regulam de forma específica questões relacionadas ao direito de personalidade, abarcando o desenvolvimento e externalização da personalidade humana, envolvendo questões sobre o nome e o sexo, também sobre a imagem, intimidade, privacidade, honra, dentre outros aspectos.

No Código Civil, o direito ao nome civil trata de elemento designativo<sup>20</sup> do indivíduo (art. 16 ao 19) e personalíssimo, inerente ao nascimento e transcendente a morte, por se tratar de direito da personalidade, possuindo o caráter absoluto<sup>21</sup>, obrigatório, indisponível, imprescritível, inalienável, incessível, inexpropriável, irrenunciável e intransmissível<sup>22</sup>, sendo considerado um dos direitos fundamentais do homem para o exercício de outros direitos.

A escolha do nome civil dá através dos pais do nascituro, que assume esta responsabilidade de designação, que acompanhará a vida inteira deste,

---

<sup>20</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 170

<sup>21</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 170

<sup>22</sup> BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 11 jun. 2016.

integrando sua personalidade e a procedência familiar, exercendo extrema relevância na sua vida social, por ser um direito subjetivo da personalidade, que carrega a função de distinguir e atribuir-lhes direitos e deveres<sup>23</sup>.

Na Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) o direito ao nome é exercido com o registro do nascimento no cartório, que deve conter todas informações no assento de nascimento, indicando, dentre elas, o sexo do registrado, seu nome e prenome<sup>24</sup>.

Todavia, a imutabilidade do direito o nome pelo seu titular não é absoluto como preconiza o art. 11 do Código Civil e a doutrina, em virtude de existir exceções à regra, como nos casos previstos em lei e em decisão judicial.

Sendo uma dessas exceções, a prevista na Lei nº 9.708/98, que possibilitou a inclusão de apelidos públicos e notórios no nome<sup>25</sup>. Assim, passando tratar de imutabilidade relativa do nome (prenome e sobrenome).

No entanto, a doutrina e a jurisprudência pacificou hipóteses de alterações do prenome, sendo elas: a) se houver erro gráfico evidente; b) se expuser ao ridículo ou a situação vexatória o titular do direito (parágrafo único do art. 55 da LRP); c) para incluir apelido público notório (art. 58, caput, da LRP, após alteração da Lei no 9.078/98); d) para proteção à testemunha (atual parágrafo único do art. 58 da LRP c/c art. 9º da Lei no 9.807/99); e) no primeiro ano após atingida a maioridade civil (art. 56 da LRP); f) pela adoção (ECA, art. 47, §5º, c/c art. 1.627 do CC/02); g) pela tradução ou adequação do nome estrangeiro (artigos 43 e 44 da Lei no 6.815/80); (h) em casos de

---

<sup>23</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 243.

<sup>24</sup> BRASIL. *Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

<sup>25</sup> GRANT, Carolina. *Direito e gênero em trânsito: quando corpos e gêneros em trânsito obrigam o trânsito do Direito – uma análise crítica da ley de identidad de género argentina e do PL 5.002/2013 a partir dos estudos queer*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f01287d4b412a2b1>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

homonímia, sobretudo depreciativa; i) pelo uso prolongado e constante de nome diverso<sup>26</sup>.

Por fim, o art. 57 da Lei de Registros Públicos dispõe que : “Qualquer alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa<sup>27</sup>”.

Contudo, o direito ao nome é uma das formas de concretização da dignidade da pessoa humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.<sup>28</sup>

Dessa forma, Comparato<sup>29</sup> elucida sobre a personalidade individual, não deixando margem a dúvida:

Reagindo contra a crescente despersonalização do homem no mundo contemporâneo, como reflexo da mecanização e burocratização da vida em sociedade, a reflexão filosófica da primeira metade do século XX acentuou o caráter único e, por isso mesmo, inigualável e irreprodutível da personalidade individual. Confirmando a visão da filosofia estoica, reconheceu-se que a essência da personalidade humana não se confunde com a função ou papel que cada qual exerce na vida. A pessoa não é personagem. A chamada qualificação pessoal (estado civil, nacionalidade, profissão, domicílio) é mera exterioridade, que nada diz da essência própria do indivíduo. Cada qual possui uma identidade singular, inconfundível com a de outro qualquer. Por isso, ninguém pode experimentar, existencialmente, a vida ou morte de outrem: são realidades únicas e insubstituíveis.

<sup>26</sup> GRANT, Carolina. *Direito e gênero em trânsito*: quando corpos e gêneros em trânsito obrigam o trânsito do Direito – uma análise crítica da lei de identidade de gênero argentina e do PL 5.002/2013 a partir dos estudos queer. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f01287d4b412a2b1>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

<sup>27</sup> BRASIL. *Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

<sup>28</sup> BRANDELLI, Leonardo. Considerações acerca do direito ao nome numa perspectiva constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana (Comentários ao acórdão exarado na Apelação Cível no 2003.001.12476, do TJRJ). *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 22, ano 6, p. 193-202, abr./jun. 2005. p. 193-202.

<sup>29</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 26-27.

Diante disso, como se explica a violação ao direito ao nome dos transgêneros, já que são pessoas dotadas de personalidade?

Sendo assim, no próximo tópico, será abordado questões relativas a mudança de nome dos transgêneros.

#### **4 DIREITO AO NOME DOS TRANSGÊNEROS E (IM)POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO**

A Carta Magna de 1988 consagrou, em seu art. 5º, I, o direito à igualdade entre homens e mulheres. Garantiu, ainda, a igualdade no casamento e na união estável, como também a liberdade de planejar a família, no art. 226, § 5º e § 7º.

Depois de muitas lutas e disputas judiciais, foi também reconhecido o direito à união homoafetiva com a consequente repercussão patrimonial e previdenciária. Bem como, está sendo reconhecido, também, o direito à adoção.

Depois de esclarecido o que é identidade de gênero, de sexo e orientação sexual, ficou claro que a identidade de gênero nem sempre concorda com o sexo biológico e, consequentemente, com a constante do registro civil.

Em razão do não reconhecimento de sua condição de individualidade, senão pelo método tradicional de sexo, em se tratando do registro civil de nascimento, as pessoas transgêneras não se sentem inseridas na sociedade, causando situações humilhantes e vexatórias, motivando o reconhecimento judicial do direito de alterar o seu registro de nascimento adequando-o à sua nova condição de transexual, tanto com relação ao nome quanto ao sexo, pois não pode sofrer restrições de direitos que lhe são garantidos.

Além disso, a alteração do nome no caso das pessoas transgêneras, oportuniza o estado de bem-estar físico, mental e social, garantindo a saúde plena do transgênero.

Sturza e Schorr ressaltam que:

O transexual, como um ser igualmente portador de direitos e deveres, possui o direito de constar, em seu registro civil, o prenome e o sexo vinculados ao sexo psicossocial e não ao sexo biológico e jurídico constantes originariamente.



Assim, se estará agindo de conformidade com os direitos e princípios previstos na constituição Federal de 1988 e estarão ausentes a discriminação e o preconceito<sup>30</sup>.

O direito à uma identidade sexual diversa é uma decorrência lógica do direito da personalidade. O art. 16, do Código Civil, dispõe que toda a pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome<sup>31</sup>.

Por sua vez, o nome não pode expor a pessoa ao ridículo. É o que determina o art. 55, da Lei n. 6015/73, vez que identifica a pessoa e é um dos direitos da personalidade, previsto no art. 5º, X, da Carta Magna.

É, também, o símbolo da personalidade da pessoa, o modo de sua individualização e a forma pela qual é reconhecida socialmente, integrando o seu psiquismo, honra, imagem pessoal e social.

O Estado deve permitir a adequação do sexo psicológico no registro de nascimento, pois se assim não o faz viola direitos constitucionais e descumpre a sua principal função que é a proteção e garantia de uma vida digna, plena e feliz. O Estado, ao não garantir o usufruto pleno dos direitos da personalidade, impede o desenvolvimento de uma sociedade verdadeiramente justa, livre e solidária e estimula o preconceito.

Deve ser ressaltado que as pessoas transgêneras já utilizam nomes diferente daquele contido no registro civil e por eles são reconhecidos socialmente. O uso do nome social já é reconhecido e aceito pela sociedade, podendo citar como exemplos o Conselho Regional de Medicina de São Paulo, quando do atendimento médico, no Estado de São Pulo, quando do atendimento na Administração direta e indireta e, também, no estado do Rio Grande do Sul, que ainda foi mais longe, com a criação de uma Carteira de Nome Social, emitida

---

<sup>30</sup> STURZA, Janaína Machado; SCHORR, Janaína Soares. Transexualidade e os direitos humanos: tutela jurídica ao direito à identidade. *Revista jurídica Cesumar*, v. 15, n.1, p. 265-285, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/4101>>. Acesso em: 08 dez. 2016. p. 275.

<sup>31</sup> BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 11 jun. 2016.

pelo Instituto Geral de Perícias permitindo a identificação em todos os órgãos do Poder Executivo estadual<sup>32</sup>.

Ademais, a Constituição Federal/88, em seu art. 1º, III, reconhece como um dos fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana.

Estas pessoas frequentemente se manifestam no convívio em sociedade como pertencentes a um determinado gênero (vestuário, comportamento e demais marcadores) que destoam, segundo as expectativas sociais, do nome e do sexo civil que lhe foram atribuídos quando do seu nascimento, com base em sua anatomia original (genitália)<sup>33</sup>.

Portanto, a utilização do nome de nascença e o sexo que não coaduna com o gênero destas pessoas, fazem-se exporem ao ridículo, tornando completamente constrangedoras o cumprimento de atos dos mais simples e básicos do dia-a-dia, ao passo que tais informações revelam uma suposta e indesejada “verdade” (registrada) não condizente com a vivência e manifestação existencial/social da pessoa transexual<sup>34</sup>. Nada obstante, o nome servir para identificar a pessoa e não para expô-la à chacota.<sup>35</sup>

Através da repercussão da cirurgia de “mudança de sexo” no Brasil, e a luta para a preservação do princípio da dignidade da pessoa humana, foi consolidando na jurisprudência o direito à adequação do registro civil (nome, sexo, em conformidade com a genitália adquirida com a cirurgia) à “nova” realidade do(a) transexual<sup>36</sup>, com fundamento na relativização do princípio da

<sup>32</sup> LEITE, George Salomão et. al. *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 234

<sup>33</sup> GRANT, Carolina. *Direito e gênero em trânsito*: quando corpos e gêneros em trânsito obrigam o trânsito do Direito – uma análise crítica da ley de identidad de género argentina e do PL 5.002/2013 a partir dos estudos queer. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f01287d4b412a2b1>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

<sup>34</sup> GRANT, Carolina. *Direito e gênero em trânsito*: quando corpos e gêneros em trânsito obrigam o trânsito do Direito – uma análise crítica da ley de identidad de género argentina e do PL 5.002/2013 a partir dos estudos queer. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f01287d4b412a2b1>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

<sup>35</sup> VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Nome e sexo*: mudanças no registro civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 182.

<sup>36</sup> GRANT, Carolina. *Direito e gênero em trânsito*: quando corpos e gêneros em trânsito obrigam o trânsito do Direito – uma análise crítica da ley de identidad de género argentina e do PL 5.002/2013 a partir dos estudos queer. Disponível em:

imutabilidade do nome, para evitar prejuízos a terceiros, por este ser de ordem pública.

Desse modo, fica demonstrado com a decisão do STJ a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana para a modificação do prenome e designativo de sexo, quando já submetido à cirurgia de redesignação sexual:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRANSEXUAL SUBMETIDO À CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DESIGNATIVO DE SEXO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. [...] Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade. [...]. - A situação fática experimentada pelo recorrente tem origem em idêntica problemática pela qual passam os transexuais em sua maioria: um ser humano aprisionado à anatomia de homem, com o sexo psicossocial feminino, que, após ser submetido à cirurgia de redesignação sexual, com a adequação dos genitais à imagem que tem de si e perante a sociedade, encontra obstáculos na vida civil, porque sua aparência morfológica não condiz com o registro de nascimento, quanto ao nome e designativo de sexo. - Conservar o “sexo masculino” no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois a aparência do transexual redesignado, em tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente. - Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido. [...] - Deve, pois, ser facilitada a alteração do estado sexual, de quem já enfrentou tantas dificuldades ao longo da vida, vencendo-se a barreira do preconceito e da intolerância. O Direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida, notadamente no que concerne à identidade sexual, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f01287d4b412a2b1>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

privada da pessoa. E a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é tão importante quanto a adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar. [...] <sup>37</sup>.

Esta relativização só pode ocorrer quando for inequívoco o interesse individual, inclusive, o benefício social da modificação, pois a suposta “verdade” do registro civil originário já não será mais a “verdade” da vivência pessoal, nem da social da pessoa transexual <sup>38</sup>.

Porém, alguns tribunais vêm utilizando apenas como requisito a condição de transexual, como Tribunal de São Paulo:

Registro civil. Alteração de prenome e sexo da requerente em virtude de sua condição de transexual. Admissibilidade. Hipótese em que provada, pela perícia multidisciplinar, a desconformidade entre o sexo biológico e o sexo psicológico da requerente. Registro civil que deve, nos casos em que presente prova definitiva do transexualíssimo, dar prevalência ao sexo psicológico, vez que determinante do comportamento social do indivíduo. Aspecto secundário, ademais, da conformação biológica sexual, que torna despicienda a previa transgenitalização. Observação, contudo, quanto à forma das alterações que devem ser feitas mediante ato de averbação com menção à origem da retificação em sentença judicial. Ressalva que não só garante eventuais direitos de terceiros que mantiveram relacionamento com a requerente antes da mudança, mas também preserva a dignidade da autora, na medida em que os documentos usuais a isso não farão qualquer referência. Decisão de improcedência afastada. recursos providos, com observação <sup>39</sup>.

<sup>37</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1008398/SP* Terceira Turma. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 15 de outubro de 2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5718884/recurso-especial-resp-1008398-sp-2007-0273360-5-stj/relatorio-e-voto-11878383>>. Acesso em: 7 dez. 2016.

<sup>38</sup> GRANT, Carolina. *Direito e gênero em trânsito*: quando corpos e gêneros em trânsito obrigam o trânsito do Direito – uma análise crítica da ley de identidad de género argentina e do PL 5.002/2013 a partir dos estudos queer. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f01287d4b412a2b1>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

<sup>39</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *AC 85395620048260505 SP 0008539-56.2004.8.26.0505*. Sexta Câmara de Direito Privado. Relator: Vito Guglielmi. São Paulo, 18 de outubro de 2012. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22828316/apelacao-apl-85395620048260505-sp-0008539-5620048260505-tjsp/inteiro-teor-111050504>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

Com isso, houve relevantes progressos quanto ao reconhecimento de direitos de transgêneros, por meio de leis, decisões judiciais e atos administrativos.

Uma vez que o Direito, vem ganhando força a ideia para o reconhecimento e autorização de mudanças no registro civil dos transgêneros para a utilização do nome social que escolheram e que melhor reflete essa nova condição dentro da sociedade.

Contudo, isso não é suficiente, devido as identidades transgêneras tornar-se cada vez mais sutis e complexas do que eram há cinquenta anos, tendo em vista a incompatibilidade com as divisões binárias e esteoripadas.

## 5 CONCLUSÃO

O direito ao nome é uma das formas de concretização da dignidade da pessoa humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Sendo assim, é evidente que os transgêneros tem os mesmos direitos que qualquer pessoa, e não querendo favores. Os transgêneros esperam somente o reconhecimento de seus direitos e deveres e sua condição de cidadão, buscando, com isso, a sua aceitação social e evitando discriminação e o preconceito, que são constantes em suas vidas.

No entanto, a realidade é outra, vivem à margem da sociedade, se ocultando para não serem feridos, assim, são excluídos e impedidos de exercer a sua cidadania de forma digna por não permitir que o seu sexo psicossocial concorde com aquele constante em seu registro de nascimento.

Mesmo que nos últimos anos tenha ocorrido relevantes progressos quanto ao reconhecimento de direitos de transgêneros, por meio de leis, decisões judiciais e atos administrativos.

Contudo, é imperioso que o Direito reconheça de uma vez por todas, a possibilidade de alteração do nome e do sexo no registro civil das pessoas

transgêneros, com a finalidade de inserção social, e principalmente para se evitar preconceitos e discriminação.

## REFERÊNCIAS

A DIFERENÇA entre sexo, identidade de gênero e orientação sexual. Disponível em: <<http://www.livrariaflorence.com.br/blog/a-diferenca-entre-sexo-identidade-de-genero-e-orientacao-sexual/>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

BRANDELLI, Leonardo. Considerações acerca do direito ao nome numa perspectiva constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana (Comentários ao acórdão exarado na Apelação Cível no 2003.001.12476, do TJRJ). **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 22, ano 6, p. 193-202, abr./jun. 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 09 dez. 2016.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 08 dez. 2016.

BRASIL. **Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp 1008398/SP**. Terceira Turma. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 15 de outubro de 2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5718884/recurso-especial-resp-1008398-sp-2007-0273360-5-stj/relatorio-e-voto-11878383>>. Acesso em: 7 dez. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Identidade e redesignação de gênero**: aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**: teoria geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

GRANT, Carolina. **Direito e gênero em trânsito**: quando corpos e gêneros em trânsito obrigam o trânsito do Direito – uma análise crítica da ley de identidad de género argentina e do PL 5.002/2013 a partir dos estudos queer. Disponível

em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f01287d4b412a2b1>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

LEITE, George Salomão et. al. **Manual dos direitos da mulher**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, Ana Luiza Martins Dias. **O direito à identidade de gênero e ao nome civil dos transexuais**: uma análise do atual cenário e da necessidade de adequação das normas brasileiras. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2015\\_2/ana\\_lopes.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2015_2/ana_lopes.pdf)>. Acesso em: 11 dez. 2016.

MACHADO, Bruno. **Qual a diferença entre identidade de gênero e orientação sexual?** Disponível em: <<http://mundoestranho.abril.com.br/saude/qual-a-diferenca-entre-identidade-de-genero-e-orientacao-sexual/>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PINHEIRO, Livia R. **Entenda identidade de gênero e orientação sexual**. Disponível em: <<http://www.plc122.com.br/orientacao-e-identidade-de-genero/entenda-diferenca-entre-identidade-orientacao/#ixzz4RnFtUwMR>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato De Oliveira. **Manual de biodireito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível. **AC 85395620048260505 SP 0008539-56.2004.8.26.0505**. Sexta Câmara de Direito Privado. Relator: Vito Guglielmi. São Paulo, 18 de outubro de 2012. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22828316/apelacao-apl-85395620048260505-sp-0008539-5620048260505-tjsp/inteiro-teor-111050504>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

STURZA, Janaína Machado; SCHORR, Janaína Soares. Transexualidade e os direitos humanos: tutela jurídica ao direito à identidade. **Revista jurídica Cesumar**, v. 15, n.1, p. 265-285, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/4101>>. Acesso em: 08 dez. 2016.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e sexo**: mudanças no registro civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

# APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Mariana Valéria Nunes Loges<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem como finalidade apontar o conceito e a natureza jurídica do princípio da insignificância. Além disso, determinar o surgimento do mesmo. Posteriormente, será feita uma comparação com demais princípios do direito. Ainda, a demonstração dos requisitos necessários para a aplicabilidade do princípio da bagatela.

**Palavras-chave:** Tipicidade material. Princípio da Insignificância. Supremo Tribunal Federal. Crime de bagatela. Jurisprudência. Aplicabilidade.

## 1 INTRODUÇÃO

O princípio da insignificância ou princípio da bagatela vem ganhando cada dia mais aplicabilidade no direito penal brasileiro. Cada vez ganha maior aceitação por grande parte da doutrina e da jurisprudência.

Tal princípio defende que o direito penal deve ser invocado apenas como a última *ratio* do direito, ou seja, deve ser invocado apenas quando houver lesão jurídica **significativa** a algum bem penalmente tutelado.

Contudo, o princípio da insignificância ainda encontra certa resistência por parte de alguns operadores do direito, pois não está previsto em nenhuma norma. Isso faz com que surjam dúvidas sobre a aplicabilidade e validade do princípio.

O fundamento jurídico do princípio da insignificância, sem dúvida, é encontrado no conceito de tipicidade. O que faz com que um ato, que anteriormente era tido como proibido, se torne “permitido”.

## 2 NATUREZA JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

---

<sup>1</sup> Advogada, Aluna do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB - ICPD, mariana@loges.com.br



O fundamento jurídico do princípio da insignificância é encontrado no conceito de tipicidade, ou seja, é uma causa de exclusão da tipicidade da conduta<sup>2</sup>.

Para Guilherme de Souza Nucci, tipicidade é:

Em suma: tipicidade é instrumento de adequação, enquanto o fato típico é a conclusão desse processo. Exemplificando: Tício elimina a vida de Caio, desferindo-lhe tiros de arma de fogo (fato na vida real). Consta-se haver o modelo legal previsto no art. 121 do Código Penal (“matar alguém”). Submete-se o fato ao tipo e encontramos a tipicidade. Logicamente, para que os fatos da vida real possam ser penalmente valorados, é indispensável que o trinômio esteja presente (conduta+ nexos+ resultado)<sup>3</sup>.

Parte da doutrina divide a tipicidade em material e formal. Nessa linha, Rogério Greco ensina que ocorre a tipicidade formal quando a conduta do agente se encaixa à norma sem nenhuma brecha:

Quando afirmamos que só haverá tipicidade se existir uma adequação perfeita da conduta do agente ao modelo em abstrato previsto na lei penal (tipo), estamos querendo dizer que por mais que seja parecida a conduta levada a efeito pelo agente com aquela descrita no tipo penal, se não houver encaixe perfeito, não se pode falar em tipicidade<sup>4</sup>.

Por outro lado, a tipicidade material ocorre quando a conduta do agente se encaixa ao tipo penal, mas fica oposta ao direito. O melhor exemplo, nesse caso, é o da legítima defesa.

Fernando Capez defende que, “O fato atípico não é ilícito penal, podendo, contudo, constituir um ilícito de outra natureza, seja ela civil, administrativa ou mesmo ser objeto de tutela por outros controles formais e sociais eficazes<sup>5</sup>”.

Nesse sentido, se posiciona a jurisprudência brasileira:

Penal e processual penal - Lesões corporais levíssimas - Princípio da insignificância - Rejeição da denúncia. 1) A natureza levíssima das lesões corporais sofridas pela vítima, aliada à circunstância que resultante de

<sup>2</sup> ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>3</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>4</sup> GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

<sup>5</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.1

desinteligência doméstica em que o agente também ficou levemente lesionado, impõe a aplicação do princípio da insignificância, bastante a absolvê-lo das sanções do art. 129, do Código Penal. Precedentes de Jurisprudência. 2) Improvimento do recurso<sup>6</sup>.

Com isso, pode-se concluir que sempre que uma conduta não lesionar de forma significativa bens jurídicos penalmente tutelados ou não for reprovada pela sociedade, não haverá relevância para o Direito Penal.

Procurando reduzir seu campo de atuação, o Direito Penal tem que se preocupar apenas com os casos juridicamente relevantes. Eis o fundamento do princípio da insignificância.

### 3 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL

#### 3.1 Surgimento

Parte da doutrina acredita que o princípio da insignificância surgiu em Roma, onde antigamente o pretor não se importava com delitos de baixa importância. Para justificar sua atitude, se utilizava sempre da máxima “*mininus non curat praetor*”.

É assim que ensina Fernando Capez:

[...] originário do Direito Romano, e de cunho civilista, tal princípio funda-se no conhecimento brocardo de *minimis non curat praetor*. Em 1964 acabou sendo introduzido no sistema penal por Claus Roxin, tendo em vista sua utilidade na realização dos objetos sociais traçados pela moderna política criminal<sup>7</sup>.

Com entendimento contrário, Luiz Regis Prado imprime a concepção histórica do princípio da insignificância a Claus Roxin:

De acordo com o princípio da insignificância, formulado por Claus Roxin e relacionado com o axioma *minima non cura praeter*, enquanto a manifestação contraria ao uso excessivo da sanção criminal, devem ser tidas como

<sup>6</sup> AMAPÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Amapá. Recurso em Sentido Estrito. *RECESENSES* 5495. Câmara Única. Relator: Juiz Convocado Raimundo Vales. Macapá, 20 de março de 1996. Disponível em: <<https://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19468285/recurso-em-sentido-estrito-rse-recsenses-5495-ap/inteiro-teor-19468286>>. Acesso em: 03 set. 2014.

<sup>7</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

atípicas as ações ou omissões que afetem infimamente a um bem jurídico-penal<sup>8</sup>.

Ressalta-se que, doutrinariamente, é quase indiscutível que o princípio da insignificância surgiu de fato com a máxima “*minima non curat praetor*”. Contudo, não há unanimidade a respeito de como se deu o surgimento da máxima no antigo direito romano.

Ainda sobre o assunto, Cezar Roberto Bittencourt, concordando com Luiz Regis Regis Prado, atribui o surgimento do princípio da insignificância a Claus Roxin, “O princípio da insignificância foi cunhado pela primeira vez por Claus Roxin em 1964, que voltou a repeti-lo em sua obra *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, partindo do velho adágio latino *minima non curat praetor*”.

De qualquer forma, deixando-se de lado os debates sobre como surgiu o princípio da insignificância, atualmente o princípio é muito utilizado pelos operadores do direito e tornou-se uma ferramenta penal de grande importância.

### 3.2 Conceito

Como já mencionado, o princípio da insignificância não está previsto na legislação brasileira, logo, não possui definição legal. Porém, a doutrina e jurisprudência conseguiram conceituar e limitar sua aplicabilidade.

Nesse sentido entende Maurício Antônio Ribeiro Lopes:

**O conceito do delito de bagatela não está na dogmática jurídica.** Nenhum instrumento legislativo ordinário ou constitucional o define ou o acata formalmente, apenas podendo ser inferido na exata proporção em que se aceitam limites para a interpretação constitucional e das leis em geral. É de criação exclusivamente doutrinária e pretoriana, o que se faz justificar estas como autênticas fontes de Direito. Por outro lado, mercê da tônica

---

<sup>8</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

<sup>9</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

conservadorista do Direito, afeta seu grau de recepcionalidade no mundo jurídico<sup>10</sup>. (grifo do autor).

Francisco de Assis Toledo defende que o princípio da insignificância está relacionado com “a gradação qualitativa do injusto, permitindo que o fato insignificante seja excluído da tipicidade penal<sup>11</sup>”, e continua afirmando que, “o direito penal, por sua natureza fragmentária só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas<sup>12</sup>”.

O Excelentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal tem o mesmo posicionamento:

O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social<sup>13</sup>.

Ao conceituar o princípio da insignificância Fernando Capez afirma:

[...] o Direito Penal não deve preocupar-se com bagatelas, do mesmo modo que não podem ser admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o bem jurídico. A tipicidade penal exige um mínimo de lesividade ao bem jurídico protegido, pois é inconcebível que o legislador tenha imaginado inserir em um tipo penal condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o interesse protegido<sup>14</sup>.

Já Luiz Flávio Gomes ensina:

<sup>10</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal*: análise à luz da Lei 9.099/95 – Juizados Especiais Criminais e da jurisprudência atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

<sup>11</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

<sup>12</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 84.687/MS*. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 26 de outubro de 2004. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/766930/habeas-corpus-hc-84687-ms>>. Acesso em: 06 dez. 2016.

<sup>14</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.1.

Conceito de Infração Bagatelar: infração bagatelar ou delito de bagatela ou crime insignificante expressa o fato de ninharia, de pouca relevância (ou seja: insignificante). Em outras palavras, é uma conduta ou um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a (ou não necessita da) intervenção penal. Resulta desproporcional a intervenção penal nesse caso. O fato insignificante, destarte, deve ficar reservado para outras áreas do Direito (civil, administrativo, trabalhista etc.). Não se justifica a incidência do Direito penal (com todas as suas pesadas armas sancionatórias) sobre o fato verdadeiramente insignificante<sup>15</sup>.

Entretanto, entre os doutrinadores não existe um consenso favorável ao princípio da insignificância. Contrário ao princípio, Francisco Vani Bemfica afirma que não existe previsão legal para o mesmo, e ainda, que a sua existência incentiva a prática de delito. Senão vejamos:

O princípio é muito liberal e procura esvaziar o direito penal. E, afinal, não é fácil medir a valorização do bem, para dar-lhe proteção jurídica. E sua adoção seria perigosa, mormente porque, à medida que se restringe o conceito de moral, mais fraco se torna o direito penal, que nem sempre deve acompanhar as mutações da vida social, infelizmente para pior, mas detê-las, quando nocivas<sup>16</sup>.

Sendo aceito ou não pela doutrina, o princípio vem sendo aplicado pelo judiciário. Os Tribunais Superiores o consideram como uma excludente supralegal de ilicitude, vejamos:

Habeas Corpus. Penal. Tentativa de furto qualificado de aproximadamente 50 metros de fio de cobre utilizados em rede elétrica. Alegação de incidência do princípio da insignificância: inviabilidade. Habeas Corpus denegado. 1. A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado. 2. O princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, apesar de

<sup>15</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade*, 3.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>16</sup> BEMFICA, Francisco Vani. *Da teoria do crime*. São Paulo: Saraiva, 2011.

haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal. [...] 5. Ordem denegada<sup>17</sup>.

Apelação criminal. Crimes contra o patrimônio. Furto simples. Princípio da insignificância. Aplicado. Atipicidade da conduta reconhecida. Denúncia julgada improcedente. Insurgência ministerial. Requisitos necessários ao acolhimento do crime de bagatela. Preenchidos no caso concreto. Sentença recorrida mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. Apelo não provido. unânime<sup>18</sup>.

Resumidamente, notamos que o princípio da insignificância foi criado para preencher uma brecha do direito penal, vez que seu objetivo é fazer com que as condutas de menor potencial ofensivo não mais sejam levadas ao poder judiciário. Pois, se tal conduta não foi capaz de ofender a sociedade, o agente que a praticou não deve ser punido de forma tão severa.

#### 4 CORRELAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA COM OUTROS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

A Constituição Federal tem como finalidade a garantia do exercício dos direitos individuais e sociais. Para que a Carta Magna possa conferir tais garantias, a mesma é composta por diversos princípios básicos que têm como finalidade auxiliar na interpretação das relações sociais.

O princípio da insignificância, dessa forma, “ao interpretar restritivamente o tipo penal, visa concretizar esses princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático na seara penal<sup>19</sup>”.

O princípio da adequação social e o princípio da intervenção mínima fundamentam o princípio da insignificância.

##### 4.1 Princípio da Adequação Social

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 104.403/SP*. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. Brasília, 02 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618150>>. Acesso em: 6 dez. 2016.

<sup>18</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Crime. *ACR 70052143245/RS*. Sexta Câmara Criminal. Relator: Bernadete Coutinho Friedrich. Rio Grande do Sul, 19 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618150>>. Acesso em: 6 dez. 2016.

<sup>19</sup> SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da Insignificância no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2005.

O princípio da adequação social tem por finalidade tipificar apenas condutas que tiverem relevância social. As demais condutas não são consideradas como delito.

A respeito do tema, ensina Luiz Regis Prado:

A teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel, significa que apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada<sup>20</sup>.

Rogério Greco também aborda o tema:

O princípio da adequação social, na verdade, possui dupla função. Uma delas, já destacada acima, é a de restringir o âmbito de abrangência do tipo penal, limitando a sua interpretação, e dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade. A sua segunda função é dirigida ao legislador em duas vertentes. A primeira delas orienta o legislador quando da seleção das condutas que deseja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens considerados mais importante<sup>21</sup>.

Com isso, observa-se que, da mesma forma que o princípio da insignificância, o princípio da adequação social exclui a tipicidade, pois já que uma conduta é aceita pela sociedade, não pode ser considerada crime.

Nesse certame, explica Guilherme de Souza Nucci:

A adequação social é, sem dúvida, motivo para exclusão da tipicidade, justamente porque a conduta consensualmente aceita pela sociedade não se ajusta ao modelo legal incriminador, tendo em vista que este possui, como finalidade precípua, proibir condutas que firam bens jurídicos tutelados. Ora, se determinada conduta é acolhida como socialmente adequada deixa de ser considerada lesiva a qualquer bem jurídico, tornando-se um indiferente penal<sup>22</sup>.

Eis o ponto em que o princípio da adequação social se difere do princípio da insignificância. Enquanto o primeiro está ligado às situações do cotidiano, o

---

<sup>20</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

<sup>21</sup> GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. v. 1.

<sup>22</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*: parte geral: parte especial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

segundo é ligado aos comportamentos que são reprovados socialmente. Comportamentos esses que atingem os bens penalmente tutelados, mas que têm uma ofensividade mínima.

## 4.2 Princípio da Intervenção Mínima

Ao ser visto como fundamento para o princípio da insignificância, o princípio da intervenção mínima deve ser analisado sob dois pontos de vista, quais sejam, a subsidiariedade e fragmentariedade, sinalizando o direito penal mínimo<sup>23</sup>.

### 4.2.1 Princípio da Subsidiariedade

A respeito da subsidiariedade, Marcus Vinícius Reis Bastos afirma que, “vale dizer, a norma penal abarca situações em que a tutela de outros ramos do direito tenha se revelado insuficiente ou em que a lesão ou a exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresente certa gravidade<sup>24</sup>”.

Sem dúvidas, o direito penal é o meio mais violento utilizado para regular a sociedade. Razão pela qual o mesmo não deve servir como forma de punir condutas e lesões de menor potencial ofensivo. São condutas que poderiam tentar ser solucionadas em outros ramos do direito. E aí, caso não houvesse possibilidade de solução, deveriam ser encaminhadas ao direito penal.

Ivan Luiz da Silva acredita que, “em razão na natureza subsidiária do Direito Penal entende-se que a sanção penal, sendo a intervenção estatal mais grave, é a *ultima ratio* extrema, ou seja, deve ser empregada apenas em último caso<sup>25</sup>”.

---

<sup>23</sup> GOMES, Luis Flávio. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: IELF, 2004. v. 1.

<sup>24</sup> BASTOS, Marcus Vinicius Reis. O Princípio da Insignificância e sua aplicação jurisprudencial. *Revista da AJUFE*, Associação dos Juizes Federais do Brasil, Brasília, ano 17, n. 58, mar/set 1998.

<sup>25</sup> SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da Insignificância no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2005.



Por fim, conclui-se que o direito penal deve sempre ser visto de forma subsidiária aos demais ramos do direito, devendo ser utilizado apenas como a última instância e não como primeira instância.

#### *4.2.2 Princípio da Fragmentariedade*

A fragmentariedade traz a ideia de que não é toda conduta que lesa um bem jurídico penalmente tutelado que precisa ser sancionada na esfera criminal. O que leva a obrigação de diferenciar os bens que precisam dos que não precisam ter a proteção penal, bem como quais podem ser as formas de feri-los<sup>26</sup>.

Para que possa haver esta seleção, dois primas devem ser observados, são eles, a garantia de que o direito penal apenas irá tutelar os bens de grande relevância, e a punição aplicada apenas às condutas que sejam realmente reprovadas socialmente<sup>27</sup>.

Seguindo o mesmo entendimento, Francisco de Assis Toledo ensina, “eis aí o caráter fragmentário do direito penal: dentre a multidão de fatos ilícitos possíveis, somente alguns – os mais graves – são selecionados para serem alcançados pelas malhas do ordenamento penal<sup>28</sup>”.

O caráter fragmentário do direito penal também é reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, é o que demonstra o Ministro Celso de Mello no julgamento do HC n. 98.152/MG:

Isso significa, pois, que o sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificarão quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se

<sup>26</sup> SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da Insignificância no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2005.

<sup>27</sup> GOMES, Luis Flávio. *Direito penal*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: IELF, 2004. v. 1.

<sup>28</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

exponham a dano – efetivo ou potencial – causado por comportamento impregnado de significativa lesividade<sup>29</sup>.

Portanto, ressalta-se mais uma vez que o direito penal não deve se ocupar dos crimes de menor potencial ofensivo, preocupando-se apenas em proteger os bens jurídicos mais relevantes. E é nesse pensamento que encontramos a natureza do princípio da insignificância.

Contrariamente a esse posicionamento, Luiz Flávio Gomes não crê que no princípio da insignificância e o princípio da fragmentariedade sejam a mesma coisa. Para ele, o primeiro surge em decorrência do segundo. Acredita que o direito penal consegue demonstrar sua importância quando se preocupa em punir as lesões e condutas mais relevantes<sup>30</sup>.

Além disso, na continuidade do seu voto no HC 98.152/MG, o Ministro Celso de Mello destaca:

Na realidade, e considerados, de um lado, o princípio da intervenção penal mínima do Estado (que tem por destinatário o próprio legislador) e, de outro, o postulado da insignificância (que se dirige ao magistrado, enquanto aplicador da lei penal ao caso concreto), na precisa lição do eminente Professor RENÉ ARIEL DOTTI (“Curso de Direito Penal – Parte Geral”, p. 68, item n. 51, 2ª ed., 2004, Forense), cumpre reconhecer que o direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social<sup>31</sup>.

Salienta-se que o princípio da fragmentariedade, assim como o princípio da insignificância, não está previsto na legislação brasileiro, mas também não pode deixar de ser aplicado pelos operadores do direito.

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 98152/MG. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 19 de maio de 2009. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4124253/habeas-corpus-hc-98152-mg>>. Acesso em: 6 dez. 2016.

<sup>30</sup> GOMES, Luis Flávio. *Direito penal*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: IELF, 2004. v. 1.

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 98152/MG. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 19 de maio de 2009. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4124253/habeas-corpus-hc-98152-mg>>. Acesso em: 6 dez. 2016.

Por fim, conclui-se que não é toda conduta lesiva a um bem jurídica penalmente tutelado que deve ser sancionada pelo direito penal. Ainda, não será todo bem jurídico que irá merecer a proteção da tutela penal, vez que o caráter fragmentário do direito estabelece que somente as condutas mais gravosas contra os bens jurídicos mais relevantes serão punidas na esfera penal.

## 5 REQUISITOS PARA A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Mesmo não possuindo previsão legal o princípio da insignificância é amplamente aplicado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Porém, os dois observam quatro requisitos que são obrigatórios e cumulativos para a aplicabilidade do princípio. O intuito da utilização dos quatro requisitos é o de manter a uniformidade quanto ao entendimento pela aplicabilidade em cada caso concreto.

Observando-se diversos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, chegou-se à conclusão que os quatro requisitos necessários para a aplicação do princípio da insignificância são, a) inexpressividade da lesão jurídica provocada; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) mínima ofensividade da conduta do agente; e d) reduzido grau de reprovabilidade da conduta.

**Ementa:** Habeas Corpus. Constitucional. Lesão corporal. Violência doméstica. Pretensão de aplicação do princípio da insignificância: impossibilidade. Ordem denegada. 1. Para incidência do princípio da insignificância devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada. 2. Na espécie vertente, não se pode aplicar ao Recorrente o princípio pela prática de crime com violência contra a mulher. 3. O princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. 4. Comportamentos contrários à lei penal,

notadamente quando exercidos com violência contra a mulher, devido à expressiva ofensividade, periculosidade social, reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica causada, perdem a característica da bagatela e devem submeter-se ao direito penal. 5. Recurso ao qual se nega provimento<sup>32</sup>.

## 5.1 Inexpressividade da lesão jurídica provocada

Para que haja a aplicabilidade do princípio da insignificância à conduta do agente, esse não pode ter ofendido o interesse jurídico tutelado. Por exemplo, quando o agente pratica o crime de moeda falsa, a ele não pode ser aplicado o princípio em epígrafe, pois afeta de forma grave a sociedade e fere a soberania do Estado de Direito, já que é exclusivamente dele a tarefa de produzir moeda nacional.

## 5.2 Nenhuma periculosidade social da ação

Nesse requisito, parte-se da ideia de que a sociedade não pode ser exposta a nenhum risco. Dessa forma, a ausência da periculosidade social da ação deve ser verificada, analisando-se a conduta do agente e uma possível descriminalização na sociedade.

## 5.3 Mínima ofensividade da conduta do agente

Aqui não se aborda o dano sofrido pela vítima. O mais importante é mensurar o quão ofensivo foi a conduta cometida pelo agente, pois a intervenção do Estado (com a repreensão penal) só pode ser justificada se houver um interesse social relevante. Tem que haver um perigo concreto ao bem jurídico tutelado.

## 5.4 Reduzido grau de reprovabilidade da conduta

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC 133043*. Segunda Turma. Relator (a): Ministra Carmen Lúcia. Brasília, 10 de maio de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11005766>>. Acesso em: 6 dez. 2016.

No último requisito analisa-se o comportamento do agente. O comportamento não pode ter expressividade ante a baixa aceitação da sua conduta, ou seja, a conduta praticada pelo agente deve ser suscetível de compreensão por parte da sociedade e não de reprovação.

Para Ivan Luiz da Silva, “uma vez identificada a insignificância do desvalor da ação e desvalor do resultado, tem-se determinada à conduta penalmente insignificante em razão da sua irrelevância jurídico-penal<sup>33</sup>”

## 6 CONCLUSÃO

O direito penal é equivocadamente é utilizado em larga escala. A evolução da sociedade ocorre de forma rápida, mas nem sempre os legisladores conseguem abranger tantas transformações e situações do dia-a-dia.

O princípio da insignificância tem um papel importante, pois tem a finalidade de limitar a punição penal por parte do Estado. Sua aplicação funciona como um instrumento essencial na redução de gastos na manutenção de processos desnecessários. Com isso, dá mais importância ao direito penal.

É indo de encontro com essa realidade que os Tribunais desenvolvem um papel importantíssimo, vez que decidem, analisando caso a caso, quais princípios podem ser aplicados.

Com o intuito de manter unificação no entendimento jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal criou quatro requisitos obrigatórios e cumulativos para a aplicação do princípio da insignificância, quais sejam, inexpressividade da lesão jurídica provocada; nenhuma periculosidade social da ação; a mínima ofensividade da conduta do agente e; o reduzidíssimo grau de reprovabilidade da conduta.

Contudo, mesmo a jurisprudência buscando uma unificação sobre a aplicabilidade ou não do princípio supracitado, os requisitos ao serem analisados caso a caso se tornam muito subjetivos.

---

<sup>33</sup> SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*, 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

Ao observarmos os noticiários, não é difícil perceber como os chamados crimes de bagatela vêm aumentando a cada dia. É nessa realidade que devemos nos ater para analisar sobre a aplicabilidade ou não do princípio da insignificância.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Marcus Vinicius Reis. O Princípio da Insignificância e sua aplicação jurisprudencial. **Revista da AJUFE**, Associação dos Juizes Federais do Brasil, Brasília, ano 17, n. 58, mar/set 1998.

BEMFICA, Francisco Vani. **Da teoria do crime**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. **HC 104.403/SP**. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. Brasília, 02 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618150>>. Acesso em: 6 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. **HC 84.687/MS**. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 26 de outubro de 2004. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/766930/habeas-corpus-hc-84687-ms>>. Acesso em: 06 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. **HC 98152/MG**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 19 de maio de 2009. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4124253/habeas-corpus-hc-98152-mg>>. Acesso em: 6 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 133043**. Segunda Turma. Relator(a): Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 10 de maio de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11005766>>. Acesso em: 6 dez. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.1.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Luis Flávio. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: IELF, 2004. v. 1.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 3.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. v. 1.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal**: análise à luz da Lei 9.099/95 – Juizados Especiais Criminais e da jurisprudência atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Crime. **ACR 70052143245/RS**. Sexta Câmara Criminal. Relator: Bernadete Coutinho Friedrich. Porto Alegre, 19 de setembro de 2013.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618150>>. Acesso em: 6 dez. 2016.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância no direito penal**. Curitiba: Juruá, 2005.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

# UNIÃO HOMOAFETIVA: O ATIVISMO JUDICIAL EM DEFESA DA DIGNIDADE HUMANA NO REGIME JURÍDICO PROTETOR DA FAMÍLIA, À LUZ DA ADPF N. 132/RJ (05/05/2011)

Mayana Coelho Martins

## RESUMO

Com o neoconstitucionalismo, mudanças de paradigma sobre Gênero resultaram no reconhecimento da força normativa da CF/1988, na expansão da jurisdição pelo STF e na interpretação argumentativa nas decisões judiciais baseada em princípios inerentes à dignidade humana, liberdade e igualdade. Julgamento da ADPF/132, em favor do reconhecimento da união estável entre casais de mesmo sexo, como entidade familiar. Marco da nova jurisdição constitucional no combate à homofobia.

**Palavras-chave:** Direitos constitucionais fundamentais. Gênero. Homofobia.

## ABSTRACT

With neoconstitutionalism, paradigm shifts on Gender resulted in the recognition of the normative force of the CF/1988, expansion of jurisdiction by the Supreme Court in the interpretation and argumentative in judicial decisions based on principles inherent to human dignity, freedom and equality. Judgment of ADPF/132 in favor of recognition of a stable union between same-sex couples, as a family. Framework of the new constitutional jurisdiction in the fight against homophobia.

**Keywords:** Fundamental constitutional rights. Genre. Homophobia.

## 1 INTRODUÇÃO

Sob a acepção do Direito Constitucional Contemporâneo, mudanças de paradigma sobre o instituto Gênero<sup>1</sup> (homem e mulher) resultaram no reconhecimento da supremacia da Constituição Federal Brasileira/1988 e na expansão da jurisdição constitucional representada pelo guardião Supremo Tribunal Federal acerca da união homoafetiva entre casais de mesmo sexo.

---

<sup>1</sup> Agrupamento de indivíduos com características, critérios pessoais e sociais comuns em relação ao sexo.



No Estado Pós-Positivista, o bem jurídico dignidade humana exige a tutela imediata e eficiente da jurisdição constitucional, por meio de decisões compostas não somente de técnicas e desprovidas de anseios da sociedade tutelada, mas, principalmente, de argumentação jurídica<sup>2</sup>, que contemple exposição de motivos moldada em princípios necessários para o entendimento e respeito ao instituto homoafetividade, tais como: liberdade de expressão do indivíduo; busca pela igualdade social; respeito pelas diferenças; princípio da solidariedade e razoabilidade/proporcionalidade. Sobretudo, considerações às influências históricas, religiosas e políticas que incidem na formação da personalidade da pessoa.

Dos ensinamentos de Lenza<sup>3</sup>, transcreve-se:

[...] Nesse viés Constitucional deve-se garantir o funcionamento adequado do sistema de participação democrática, ficando a cargo da maioria em cada momento histórico vivido, desde que seja respeitada a diferença de opiniões, a incumbência de definir seus valores e suas convicções, devendo-se assegurar as condições dignas a todos, com ênfase na tutela e efetividade dos direitos fundamentais.

[...] de modo a revelar a importância do homem e a sua ascendência a filtro axiológico de todo sistema jurídico político, com a consequente proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

A homofobia consiste em atitude de hostilidade em relação aos homossexuais, rejeição irracional ou até ódio dos gays e lésbicas, por ex. Qualificam-se tais indivíduos como inferiores ou anormais, em razão da opção sexual (desejo) por pessoas do mesmo sexo<sup>4</sup>.

Sob este aspecto introdutório, visa-se um novo pensar acerca da Homofobia à luz do Supremo Tribunal Federal. Uma análise aos efeitos da decisão judicial sob os aspectos jurídicos e morais, a fim de aperfeiçoar o

<sup>2</sup> ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2003.

<sup>3</sup> LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>4</sup> LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Debora. Homofobia e educação: um desafio ao silêncio. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 18, n. 3, p. 941-964, set./dez. 2010. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/19384>>. Acesso em: 11 jun. 2016.

ordenamento jurídico protetivo do instituto família, considerando as novas tendências valorativas da sociedade contemporânea.

Desta feita, o cerne do presente artigo científico consiste em apresentar os pontos fortes da decisão unânime que acompanhou o voto do Ministro-Relator Ayres Brito, no bojo do julgamento da ADPF n. 132/2011 pelo STF.

## 2 ADPF N. 132/2011

Trata-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental<sup>5</sup> nº. 132/11-RJ proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, com a finalidade de conferir “interpretação conforme a Constituição Federal” face o art. 1.723 do Código Civil Brasileiro, referente à União Homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico perante o ordenamento brasileiro.

Devido à relevância social e ao ineditismo do tema multidisciplinar no STF, contou-se com a atuação de *Amici Curiae* de distintos ramos (Direitos Humanos; Direito de Família; Direito Público; Bioética; Unidades Educacionais; Unidades Religiosas; Unidades de referências GLBT<sup>6</sup>; etc), a fim de contribuir com a legitimidade da decisão judicial.

Em suma, o teor da ADPF traduziu-se em pleitear por analogia a aplicação do art. 1723 do Código Civil às relações homoafetivas, sob o instituto “interpretação conforme a Constituição”. Ou seja, que o Estatuto dos Servidores Cíveis do Rio de Janeiro seja interpretado conforme a Carta Magna e, assim, resulte em decisões judiciais que considerem procedente a equiparação jurídica das uniões homoafetivas em relação às uniões estáveis.

Vejamos o dispositivo legal<sup>7</sup> impugnado:

### TÍTULO III DA UNIÃO ESTÁVEL

<sup>5</sup> A Lei nº 9.882/99 dispõe o seguinte: Art. 1º A arguição prevista no §1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

<sup>6</sup> Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros.

<sup>7</sup> BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 11 jun. 2016.

[...] Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

A ADPF nº 132/11-RJ foi julgada em conjunto com a ADI 4277/11-DF pelo Supremo Tribunal Federal (Min. Relator Ayres Brito. Plenário/STF, de 05/05/2011) e ambas, julgadas procedentes, representaram significativamente uma quebra de paradigmas com a evolução do Direito de Família.

### 3 VOTO DO MINISTRO-RELATOR<sup>8</sup>

Em síntese, o **Exmo. Sr. Ministro-Relator Carlos Ayres Britto** analisou as ações da ADPF e ADI sob a ótica do art. 1.723 do Código Civil. Nessa linha de entendimento, à luz do Direito de Família disciplinado pelo Direito Privado, manteve-se a favor da equiparação da união estável aos homossexuais e, assim, considerou procedente o pleito conforme transcrição seguinte:

[...] E, desde logo, verbalizo que merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de "interpretação conforme à Constituição" do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família.

O magistrado apresentou, em suma, argumentação jurídica fundada em princípios constitucionais da dignidade humana, liberdade sexual, igualdade e pluralismo, corroborando enfaticamente com a necessidade de normatização e

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 132/2011 RJ*. Plenário. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpup/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 17 junho 2016.

tutela sobre as uniões homoafetivas. Posiciona-se, portanto, contrário ao preconceito e repudia a homofobia.

À luz do art. 226 da CF/88, suscitou-se o instituto família como base da sociedade que deve ser tutelado pelo Estado independente da forma de sua constituição, seja por meio do casamento ou informalidade, seja por casal heterossexual ou homossexual, seja por aspectos biológicos, espiritual ou cultural. Assim, considerou que a Carta Magna não distingue família “fática” e “formalmente” constituída.

Sabidamente, não reduziu a concepção de família e manifestou-se no sentido de *manter a Constituição da posse do seu atributo fundamental de coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico.*

Na oportunidade, revisitou outras entidades familiares previstas na CF/88 para estabelecer comparativo, como o casamento civil e a união estável. Ambas são legítimas e formadas, respectivamente, por qualquer gênero e por heterossexuais.

Argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF/88 veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça e cor. Assim, não é cabível discriminação em função da preferência sexual. Segundo o magistrado, *o sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica.*

Por fim, considerou as uniões homoafetivas equiparadas às uniões heteroafetivas.

#### 4 VOTO DOS DEMAIS MINISTROS<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 132/2011 RJ*. Plenário. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 17 junho 2016.

Os Ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, acompanharam o voto do Ministro-Relator Ayres Britto pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 1.723 do Código Civil. Assim, o entendimento foi no sentido de vedar qualquer interpretação desse dispositivo que não reconheça a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, tendo em vista que a Suprema Corte é contrária à homofobia.

Segue síntese dos votos.

O **Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux** enfatiza a ocorrência de forte violação dos direitos fundamentais da personalidade daqueles que optam por orientação sexual minoritária, segundo a ótica da sociedade. Destaca que não se trata de opção sexual, mas sim de orientação construída no decorrer da vida, com base em planejamentos comuns e com estabelecimento de vínculos de afeto duradouros, apta a formalizar uma união. Consequentemente, hábil para o alcance da legitimidade jurídica desse tipo de relacionamento, de modo a reforçar a política do reconhecimento dos direitos dos homossexuais a fim de se preservar a segurança. Por fim, assevera que a norma do Código Civil em questão não deve ser analisada de forma restritiva, em razão do objetivo emancipatório da CF/88.

A **Exma. Sra. Ministra Carmem Lucia** seguiu os votos anteriores. A argumentação constituiu-se de bases principiológicas, com vistas a repudiar atos discriminatórios de gênero. Ainda, expôs a necessidade de interpretação sistemática do Código Civil em harmonia com o texto constitucional. Citou jurisprudências acerca dos direitos dos homossexuais na união.

Por sua vez, antes de proferir o voto, o **Exmo. Sr. Ministro Ricardo Lewandowski** revisitando a história do direito familiar e do instituto casamento, indagou a ausência dessa ligação na norma constitucional vigente. De modo divergente aos votos proferidos anteriormente, o referido magistrado optou

pela técnica de interpretação literal da norma impugnada e, assim, restringiu a abrangência da norma para a mera vontade explícita do legislador, ou seja, leia-se somente união estável entre homem e mulher. Assim, em que pese não ter reconhecido um paralelismo entre a união estável e a união homoafetiva, o magistrado recepcionou os anseios matrimoniais da sociedade homossexual em sua decisão com base em princípios da dignidade humana, liberdade, intimidade, entre outros.

Como crítica a esse entendimento, reforça-se que o direito deve ser construído não somente sob os aspectos estritamente legais, mas principalmente, à luz das perspectivas de uma sociedade contemporânea que evolui de forma muito célere em descompasso com a normatização legislativa. Assim, transpareceu no primeiro momento uma interpretação conservadora sobre o dispositivo impugnado não deveria ser aplicada no auge da homofobia. Os indivíduos que cada vez mais se identificam como homossexuais clamam por norma específica, a fim de viabilizar a aceitação mais facilmente do direito de união estável pelos preconceituosos, leigos das formas principiológicas de tutela jurisdicional. Todavia, considera-se satisfatória a atuação do Ministro em pelo menos caracterizar então o caso como lacuna e, sob esse entendimento, propor a utilização da técnica de integração analógica para reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar e não como união estável.

Já o **Exmo. Sr. Ministro Joaquim Barbosa** julgou pela procedência da ação, mas sob outras razões motivacionais. Ponderou que as relações homossexuais devem ser protegidas diante da intenção de todo sistema constitucional e não encontra guarida no art. 226, parág. 3º da CF/88. A tutela estatal funda-se em todos os direitos fundamentais das pessoas. Por certo que tal voto visa, definitivamente, demonstrar a existência de direito protetivo às uniões homoafetivas na íntegra da CF/88, segundo as novas tendências da hermenêutica jurídica. No entanto, reitera-se o clamor da minoria ora tratada que convive com a inércia do órgão legislativo competente para elaborar normatização própria.

O **Exmo. Sr. Ministro Gilmar Mendes** entendeu pela obrigatoriedade do ativismo judicial em tela, visto a gravidade do cenário homofóbico constituído na atualidade que fere direitos humanos das minorias desprotegidas. Conforme o voto anteriormente mencionado, o Ministro também identificou lacuna na lei e sua compensação de forma analógica à CF/88. Dentre outros pontos suscitados de forma diferente, restou por acompanhar o voto do Ministro-Relator.

Com base na evolução dos direitos homossexuais, a **Exma. Sr. Ministra Ellen Gracie**<sup>10</sup> se utilizou do direito comparado para defender o casamento civil homoafetivo à luz da dignidade humana. Reforçou que esse entendimento também já evoluiu em países da Europa Ocidental, na Argentina, Espanha, Portugal, Canadá e África do Sul, por exemplo. Assim, sustenta que outros direitos precisam ser superados para o alcance da igualdade plena. Acompanhou o voto do Min. Relator e julgou procedentes a ADI 4277 e ADPF 132.

De forma objetiva, o **Exmo. Sr. Ministro Marco Aurélio** clareou que incluir no regime de união estável a união entre pessoas do mesmo sexo não se trata de *transbordamento dos limites da atividade jurisdicional*. Brilhantemente trouxe à lume sobre a criminalização homofóbica que compromete a segurança da coletividade por meras questões íntimas de orientação sexual. Aludiu eficientemente sobre Direito/Moralidade para demonstrar os limites entre a liberdade religiosa e a atuação do Estado Brasileiro que é laico, fato que impede valores religiosos influenciarem na forma de tratamento dos direitos fundamentais que afetam o Gênero, quais sejam: dignidade, autodeterminação, privacidade, liberdade sexual. Encerra o voto, por fim, hesitando a proteção integral a ser exercida pelo STF às uniões homoafetivas que buscam dignidade, simplesmente, ao externar valores como o amor e a felicidade. Conferiu ao dispositivo do Código Civil interpretação conforme a CF/88.

---

<sup>10</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br>

O decano do STF, **Exmo. Sr. Ministro Celso de Mello**, acompanhou o voto do Ministro Relator e julgou procedentes as ações constitucionais, de modo a conferir às uniões homossexuais o mesmo tratamento concedido às relações estáveis entre homem e mulher. Revisitou a história dos homossexuais para salientar que a forte opressão sofrida há tempos merecia interpretação do ordenamento jurídico de forma inclusiva, galgada pelo acolhimento destas pessoas pela sociedade majoritária.

Por fim, o **Exmo. Sr. Ministro Cezar Peluso** também identificou lacuna na lei e propôs solução jurídica no sentido de estender aos homoafetivos as mesmas regras previstas à união estável. Na oportunidade, instou o Poder Legislativo para regulamentar a união estável homoafetiva.

Estes foram os votos proferidos sobre as ações.

## 5 PONTOS FORTES DA ARGUMENTAÇÃO SOBRE HOMOFOBIA

Considerando a unanimidade na votação pela procedência da ação, que contraria o tratamento preconceituoso às relações homoafetivas, entende-se pela caracterização do ativismo judicial<sup>11</sup> pelo STF na decisão em comento, quando buscou estender a interpretação da literalidade normativa do dispositivo do Código Civil às relações homoafetivas, adaptando o Direito (CF/1988) às mudanças sociais, diante da inércia do Poder Legislativo.

Em consideração à ocorrência de violação dos direitos fundamentais, da dignidade da pessoa, a interferência arbitrária no direito de liberdade sexual e o preconceito enraizado no tratamento desigual torna-se necessária uma intervenção da Suprema Corte com base no constitucionalismo fraternal. Esclarece-se que o princípio da fraternidade reconhece o outro indivíduo pelas suas diferenças (minorias), bem como o princípio da solidariedade alinha-se à tolerância no que tange ao compartilhamento de direitos entre os homens, em busca da solução do conflito de opiniões.

---

<sup>11</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.



Ressalta-se que os valores consagrados na CF/88 fortalecem o constitucionalismo fraternal e, segundo o Exmo. Min. Celso de Mello, *representa ato de solidariedade, de comunhão de vida em benefício da saúde, em prol da dignidade da pessoa humana e do direito da felicidade*<sup>12</sup>.

Outro ponto que merece ser destacado refere-se à defesa do princípio da autonomia da vontade e do direito de decidir como será o planejamento familiar. O valor a ser considerado independe se a união é homoafetiva, pois se visa a paternidade responsável, em observância à conjugação do Estado Brasileiro Laico com tal princípio.

Inclusive, segundo Bobbio, a democracia somente se faz representar pelo reconhecimento e proteção dos direitos do homem, visto a necessidade de se estabelecer condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Assim, considerando a evolução das gerações dos direitos, a terceira geração (direito à igualdade e fraternidade) já deveria estar superada pela sociedade sob o ponto de vista do preconceito.

Surge, assim, o princípio da tolerância contemplado pelo envolvimento de razões de cunho ético, religioso, de crenças, opiniões, minorias (diferenças físicas ou sociais), enfim, de formas de discriminação homofóbicas onde cada indivíduo possui convicção de uma verdade.

A liberdade sexual deve ser tutelada, visto que reflete a forma como o indivíduo se identifica na sociedade e, assim, carece de mínimo de respeito caso sua dignidade seja ofendida em razão da homossexualidade. A dificuldade de aceitação familiar, na maioria dos casos, já se torna obstáculo de enfrentamento pelo casal homoafetivo desde muito cedo, o que pode tornar as duas realidades incompatíveis considerando que o indivíduo foi concebido por uma mulher e um homem. Tal situação, portanto, não poderá ser tratada com rejeições e

---

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 3.510-0/DF*. Plenário. Relator: Carlos Ayres Brito. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

atitudes homofobias, que são nocivas aos homossexuais. Mas com o auxílio da educação desde a base familiar<sup>13</sup>.

Juristas, cientistas, religiosos, psicólogos, enfim, estudiosos no assunto tentam estabelecer a causa da homossexualidade e, conseqüentemente, a vontade de constituir matrimônio homoafetivo. Seja por orientação sexual, à luz das teorias de Freud, onde na infância se desenvolve a capacidade de atração e de vinculação afetiva, seja por opção sexual ou determinismo social. De qualquer forma, não se comprova cientificamente a caracterização do homossexual em razão de aspectos hormonais, genéticos, ambientais, culturais e psicológicos considerados de forma meramente isolada. Acredita-se que o conjunto de todas essas influências contribui em vários níveis para a formação da personalidade do indivíduo<sup>14</sup>.

Ante o exposto, é de se pensar que o processo de investigação das causas não é o ponto fundamental para saber como o indivíduo se identifica perante a sociedade, seus desejos e receios. Questões de foro íntimo compõem a personalidade e exigem por simplesmente isso a tutela jurisdicional do Estado, quando violado o direito de dignidade constitucionalmente previsto a qualquer gênero.

Assim, considerando o contexto atual da sociedade pluralista, o ordenamento jurídico deve sim recepcionar o instituto da união homoafetiva, fundada nos mais importantes direitos humanos fundamentais e, principalmente, na natureza particular do sentimento individual de felicidade (desde que não ultrapasse os limites dos demais direitos tutelados em prol da coletividade), que nesse mérito não cabe o Estado imputar ser conduta correta ou não.

## 6 DECISÃO DO STF

<sup>13</sup> SANCHEZ, Félix Lopez. *Homossexualidade e família: novas estruturas*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

<sup>14</sup> DIAS, Maria Berenice. *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Ante o exposto, considerando divergências apenas na fundamentação jurídica do voto (Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso), proferiu-se decisão colegiada de forma unânime pelo reconhecimento da união homoafetiva como instituto jurídico, acompanhando o voto do Ministro-Relator Carlos Ayres Britto.

Da análise do mérito da decisão, o STF aplicou o princípio da integridade, ao analisar os princípios constitucionais que orientam todo o sistema normativo brasileiro. Ex: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da solidariedade, princípio da igualdade e da liberdade sexual, entre outros. Assim, proibiu a discriminação das pessoas em razão do sexo e reforçou a concepção subjetiva do instituto família, conferindo-lhe interpretação não restritiva.

Assim, aplicou-se “interpretação conforme a CF/88” ao dispositivo 1.723 do Código Civil, de modo a equipar os efeitos da união estável perante o Direito de Família também às uniões homoafetivas.

## 7 CONCLUSÃO

Insta registrar o ineditismo e a repercussão social da matéria nesse cenário brasileiro. É fato de que os precedentes amadurecem futuras decisões demandadas por uma sociedade democrática complexa como a nossa, constituída de direitos que evoluem com o passar do tempo.

Em decorrência da ampla interpretação constitucional realizada pela Suprema Corte Federal, levaram-se em consideração principalmente as novas tendências do direito de família no ordenamento jurídico brasileiro. Em que pese às ações judiciais em comento terem sido apreciadas e julgadas segundo técnicas acobertadas pelo manto da legalidade, a argumentação jurídica sustentada pela maioria dos magistrados envolveu aspectos multidisciplinares e de extrema influência no processo de formação do indivíduo.

A essência da natureza humana deve ser avaliada pelo Judiciário objetivamente conforme preceitos legais e, sobretudo, sob a ótica das demais

ciências que compõem esse sistema que é indiscutivelmente integrado. O exercício da função típica jurisdicional pelo Estado não consiste em mera aplicação técnica e objetiva da literalidade da norma ao fato concreto. Tal mecanismo de decisão judicial tende a se aperfeiçoar e tornar o instrumento cada vez mais eficiente para alcançar a justiça pleiteada.

Passa-se pelo Contratualismo firmado por Jean-Jacques Rousseau para se pensar como a base jurídica sustentada à época foi constituída para organizar a coletividade. Ao que transparece, fundou-se em regras puramente patriarcais, onde o “machismo” já prevalecia sobre o “feminismo” na sociedade. Talvez fosse assim para buscar aprovação dos subalternos perante a autoridade governante identificada como Homem que impunha condutas ditas politicamente corretas<sup>15</sup>. Assim, explica-se um pouco a perpetuação do autoritarismo atribuído à figura do Homem, que nos dias atuais reflete na construção de uma sociedade mais justa e sem preconceitos contra homossexuais.

Superiorizou-se um dos elementos do Gênero, no caso, o Homem (concepção genética), simplesmente pelo direcionamento do fato histórico que recebeu influências culturais e religiosas para ser dessa forma. O que poderia ter sido o contrário, ou seja, o feminismo se sobrepor ao autoritarismo paterno.

Nesse sentido, o preconceito aos homossexuais por adotarem condutas diferentes das culturalmente impostas deve ser repudiado, visto que o contexto histórico atual exige a pacificação da sociedade perante essas minorias que clamam por providências jurídicas sensatas e humanas, para garantir-lhes o pleno exercício do direito à vida digna, tão pleiteada por todos os indivíduos.

Ante o exposto, conclui-se pela importância do ativismo judicial exercido pelo STF de forma responsável e com vistas a sanar questões sociais não priorizadas ou identificadas pelo Poder Legislativo Federal. Não se trata de visar à ruptura da independência constitucionalmente consagrada pela tripartição dos poderes, mas sim, objetiva-se lograr os anseios da sociedade

---

<sup>15</sup> SAFFIOTI, Heleieth. *O poder do macho*. São Paulo: Moderna, 2001.

homossexual que clama por uma célere e eficaz solução jurídica, no sentido de lhe ser concedido o direito à relação homoafetiva que desejar constituir.

Estima-se que os efeitos da decisão da ADPF n 132/11 instiguem a sociedade identificada como ser “normal” (heterossexuais) a refletir de forma consciente sobre a temática e a alcançar um nível de maturidade que induza ao respeito, no mínimo, e ao repensar sobre quais valores são realmente essenciais na vida. Enfim, valores mínimos devem ser resguardados à atual sociedade fraternal composta de múltiplos gêneros.

Nesse ínterim, entende-se pelo fortalecimento da Suprema Corte ao adotar posicionamento fundado no ordenamento jurídico posto, nas bases principiológicas e, sobretudo, na superação do conservadorismo ao exercer o ativismo judicial diante da inércia do Poder Legislativo.

## REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 11 jun. 2016.

BRASIL. **Lei n. 9.882, de 03 de dezembro de 1999**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm)>. Acesso em: 11 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF n. 132/11-RJ**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1112748>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI n. 3.510-0/DF**. Plenário. Relator: Carlos Ayres Brito. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GARCIA, José Carlos. **Problemáticas da identidade sexual**: clínica psicanalítica. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Debora. Homofobia e educação: um desafio ao silêncio. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 18, n. 3, p. 941-964, set./dez. 2010.

Disponível em:

<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/19384>>. Acesso em: 11 jun. 2016.

SAFFIOTI, Heleieth. **O poder do macho**. São Paulo: Moderna, 2001.

SANCHEZ, Félix Lopez. **Homossexualidade e família**: novas estruturas. Porto Alegre: Artmed, 2009.

# INTERVENCIONISMO ESTATAL vs. LIBERDADES INDIVIDUAIS

Paulo Victor Lima Carlos<sup>1</sup>  
Claudia Nascimento de Amaral<sup>2</sup>

## RESUMO

Com efeito, o presente artigo tem por escopo fomentar uma reflexão acerca das consequências deletérias do intervencionismo estatal nas liberdades individuais consagradas na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Por certo, o trabalho não esgota o tema e tampouco tem a pretensão de posicionar-se politicamente. Assim, este trabalho pretende promover o cotejamento entre o dirigismo estatal e as liberdades individuais dos cidadãos.

**Palavras-chave:** Intervencionismo estatal. Liberdades individuais. Direito constitucional.

## ABSTRACT

Indeed, this article is scope raises a reflection about the deleterious consequences of state intervention in individual freedoms enshrined in the Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988. Certainly, the work does not exhaust the subject, nor have the pretension to position If politically. This work aims to promote the comparison between dirigisme individual liberties of citizens.

**Keywords:** State interventionism. Individual Freedoms. Constitutional Right.

## 1 INTRODUÇÃO

De fato, o direito à liberdade sempre foi um dos mais caros e fundamentais direitos do homem. Não à toa, diversas são as passagens históricas em que o homem empenha sua própria vida na busca sagrada pelas

---

<sup>1</sup> Advogado; Pós-graduando em Direito Penal e Controle Social – UniCEUB; Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, SEPN 707/907 – Campus da Asa Norte - Brasília - DF – CEP: 70790-075, Brasil; Email: paulovictorlim@gmail.com.

<sup>2</sup> Mestre em Propriedade Intelectual, Industrial e Novas Tecnologias pela Universidad Autonoma de Madrid. Analista do Ministério Público da União/Apoio Jurídico/Direito, exercendo o cargo de Assessora Nível V no Gabinete do Exmo. Subprocurador-Geral da República Dr. Nívio de Freitas Silva Fiho (SAFS Quadra 04 Conjunto C Sala 102-A, Brasília-DF/Brasil, CEP: 70.050-900), claudia\_amaral@hotmail.com. Aluna do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

garantias e liberdades individuais. Desde os tempos mais remotos, onde o homem ainda formava o primeiro clã, perpassando pela Grécia antiga e chegando até aos tempos modernos, o ser humano visou à liberdade, razão porque esta foi a força motriz das principais revoluções, notadamente as modernas, tais como: a Revolução Inglesa, a Revolução Americana e a, mais festejada, Revolução Francesa.

Perquirindo refrear as arbitrariedades do Estado Absolutista, a sociedade civil organizada elaborou diversos documentos, sendo os mais famosos: a Magna Carta (1215-1225), *Petition of Rights* (1628), *Habeas Corpus Amendment Act* (1679), *Bill of Rights* (1688), Declaração do Bom Povo da Virgínia (1776), Declaração de Independência dos Estados Unidos da Americana (1776) e a Declaração do Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

Todos textos com vistas a consagrar as liberdades individuais, preocupavam-se em defender os indivíduos contra o Estado, motivo pelo qual foram tão marcantes para o Estado Liberal, influenciando as declarações constitucionais de Estados Democráticos ao longo dos séculos XIX e XX.<sup>3</sup>

Como se vê das manifestações retromencionadas, a intenção era proteger os indivíduos contra o poder opressor do Estado inspirados na crença da existência de direitos naturais e imprescritíveis do cidadão.<sup>4</sup> Na concepção contratualista que dominava o pensamento do homem na época: o cidadão renunciava parcela de sua liberdade para a construção de uma sociedade civil organizada, a qual teria por atribuição precípua assegurar meios de todos buscarem a felicidade. Percebeu-se que juntos e de maneira ordeira seria mais fácil garantir direitos, tais como: à vida, a liberdade e a propriedade. Saía-se do estado de natureza e para sociedade civilizada.

Entretanto, a renúncia de parcela da liberdade pelo homem não legitima ações de contornos absolutistas do Estado, ainda que sob o argumento de estar agindo em nome da maioria. Foi nesse cenário histórico que a burguesia se

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 153-157.

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.



reuniu e subverteu a ordem vigente para impor ao Estado limites no seu agir. Foi preciso a edição de documentos impondo um verdadeiro não agir estatal, seria a busca do que os constitucionalistas chamam de direitos de 1ª geração.

Nesse sentido, a fim de melhor elucidar a ideia que dominava à época, vale transcrever trecho da Declaração de Independência Americana:

Consideramos estas verdades por si mesmo evidentes, que todos os homens são criados iguais, sendo-lhes conferidos pelo seu Criador certos Direitos inalienáveis, entre os quais se contam a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade. Que para garantir estes Direitos, são instituídos Governos entre os Homens, derivando os seus justos poderes do consentimento dos governados. Que sempre que qualquer Forma de Governo se torne destruidora de tais propósitos, o Povo tem Direito a alterá-la ou aboli-la, bem como a instituir um novo Governo, assentando os seus fundamentos nesses princípios e organizando os seus poderes do modo que lhe pareça mais adequado à promoção da sua Segurança e Felicidade [...].<sup>5</sup>

Na mesma ordem de ideias, é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos governos, resolveram expor, em uma declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que essa declaração, constantemente presente junto a todos os membros do corpo social, lembre-lhes permanentemente seus direitos e deveres; a fim de que os atos do poder legislativo e do poder executivo, podendo ser, a todo instante, comparados ao objetivo de qualquer instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, estejam sempre voltadas para a preservação da Constituição e para a felicidade geral. Em razão disso, a Assembleia Nacional reconhece e declara, na presença e sob a égide do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão:

Art.1.º -Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ter como fundamento a utilidade comum.

<sup>5</sup> UNITED STATES. *United States Declaration of Independence*. Disponível em: <<http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/brief-history/declaration-of-independence.html>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

Art. 2.º - A finalidade de toda associação política é a preservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão. [...] Art. 4.º - A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites só podem ser determinados pela lei.

Art. 5.º -A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo o que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

Art. 6.º -A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos. [...] Art. 8.º A lei só deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Art. 9.º -Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, caso seja considerado indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Art. 10.º -Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

Art. 11.º - A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos dessa liberdade nos termos previstos na lei. [...].<sup>6</sup>

Dessa forma, nota-se que as declarações dos séculos XVIII e XIX tinham por escopo a garantia das liberdades individuais em detrimento do poder estatal, fomentada, principalmente, pela opressão política vivida pela burguesia na época. Assim, desencadearam-se as Revoluções Liberais que limitaram o poder que até então era absoluto.

<sup>6</sup> *DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Disponível em: <[https://www.senat.fr/lng/pt/declaration\\_droits\\_homme.html](https://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html)> Acesso em: 10 jun. 2016.

## 2 A NATUREZA E OS LIMITES DA INTERVENÇÃO ESTATAL

De início, vale destacar que não é pacífico conceito de intervenção estatal entre os estudiosos do tema. No campo das ciências econômicas, o intervencionismo consiste em ações governamentais que interferem no funcionamento do mercado, regulando a atividade econômica por meio de diretrizes e proibições, como, por exemplo: fixação de preços, controle cambial e estatização de setores produtivos. Para melhor elucidar o conceito, oportuno colacionar os ensinamentos do pensador econômico Ludwig von Mises:

Intervenção é uma ordem isolada emitida pela autoridade que representa o aparato de poder; obriga o empresário e o proprietário dos meios de produção a empregar esses meios de uma maneira diferente da que empregariam se agissem pelo que lhes determina o mercado. A ordem pode ser representada por um comando ou uma interdição, os quais podem não ser de ostensiva emissão do governo.<sup>7</sup>

Na seara política, por seu turno, compreende-se como intervencionismos toda e qualquer medida que visa a restringir ou abolir a autonomia privada por meio de determinações emanadas de um poder central.<sup>8</sup>

Infere-se, pois, que a intervenção do Estado, tanto no âmbito político quanto no âmbito econômico, é uma ação realizada pelo poder dominante, com fulcro no seu poder de polícia, a fim de regular situações do cotidiano, estabelecer normas e políticas comuns, bem como fiscalizar a atuação dos membros da coletividade.

Todavia, estas interações estatais devem circunscrever-se tão somente em garantir os regulares meios de exercício das liberdades individuais, ou seja, o Estado precisa coibir condutas abusivas, tais como: *trustes*, *dumping* e carteis, mas também garantir a livre concorrência, a liberdade de expressão-concedendo direito de resposta aos que se sentirem ofendidos-, a liberdade de pensamento, religião e culto, bem como todas as demais liberdades necessárias à busca legítima da felicidade dos cidadãos.

---

<sup>7</sup> MISES, Ludwig von. *Intervencionismo: uma análise econômica*. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2012. p. 28.

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 160-162.

O que se busca é repelir o dirigismo estatal na vida privada. Evita-se o Estado Paternalista, o qual se julga mais preparado que o próprio indivíduo na escolha de seus melhores interesses, sob o sofisma de que este, o cidadão, deve ser protegido a fim de que não produza mal contra si mesmo. Mais uma vez, oportuna as lições de Ludwig Von Mises:

“Num regime socialista, todas as atividades econômicas estão sob a responsabilidade do estado. Todos os estágios da produção estão sob o comando do governo, assim como no Exército ou na Marinha. Não há espaço para a atividade privada; tudo está sob as ordens do governo. O indivíduo é como se fosse um interno de um orfanato ou de uma penitenciária. Tem que cumprir as tarefas que lhe foram determinadas e consumir apenas o que lhe for alocado pelo governo. Pode ler apenas os livros e textos que forem impressos pela imprensa oficial, e só pode viajar se o governo lhe prover os meios necessários. Tem que assumir a função que o governo lhe determinar e mudar de emprego e de domicílio quando o governo assim o desejar”.<sup>9</sup>

E continua o renomado autor:

[...] seria, evidentemente, um erro acreditar que a tutela da autoridade sobre o indivíduo pudesse ficar restrita a questões de saúde; que a autoridade provavelmente se contentaria em proibir ou limitar o uso de substâncias tóxicas, como ópio, morfina, talvez também álcool e nicotina, mas que fora isso a liberdade individual não seria afetada. Uma vez que se admite que as opções individuais de consumo devem ser supervisionadas e restringidas pela autoridade, a expansão desse controle dependerá apenas da autoridade e da opinião pública que a apoia. Torna-se, então, logicamente impossível evitar tendências favoráveis a que o estado proteja todas as atividades do indivíduo. Por que proteger apenas o corpo dos males causados por venenos ou drogas? Por que não proteger também nossa mente e nossa alma de doutrinas e opiniões perigosas, que colocam em risco nossa salvação eterna? Privar o indivíduo da liberdade de consumo logicamente conduz à suspensão de todas as liberdades”.<sup>10</sup>

Dessa forma, a função do Estado consiste apenas em assegurar a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à

---

<sup>9</sup> MISES, Ludwig von. *Intervencionismo: uma análise econômica*. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2012. p. 28.

<sup>10</sup> MISES, Ludwig von. *Intervencionismo: uma análise econômica*. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2012.

propriedade, nos termos do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 <sup>11</sup>, abstendo-se, entretanto, de qualquer interferência nas liberdades individuais, salvo quando estas estiverem a extrapolar os limites legais, por exemplo, utilizando o emprego da força, fraude ou qualquer outro meio de violência ou violação aos direitos humanos para atingirem seus objetivos.<sup>12</sup> O Estado deve corrigir eventuais abusos praticados por particulares no exercício de suas liberdades, isso é, em síntese, o que se espera do chefe de Estado.

Por fim, vale citar o apontamento feito pelo constitucionalista José Afonso da Silva acerca da liberdade e autoritarismo estatal:

A liberdade opõe-se ao autoritarismo, à deformação da autoridade, não, porém, à autoridade legítima. Esta provém do exercício da liberdade, mediante o consentimento popular. Neste sentido, liberdade e autoridade são situações que se complementam.<sup>13</sup>

### 3 DOS DIREITOS E LIBERDADES INDIVIDUAIS

Por introito, a fim de melhor esclarecer a temática abordada, impende consignar o conceito de liberdade. Para isso, selecionou-se o conceito mais prestigiado e reconhecido no plano internacional, qual seja: o conceito de liberdade expresso na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789:

Art. 4.º - A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites só podem ser determinados pela lei. Art. 5.º - A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo o que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2016.

<sup>12</sup> MISES, Ludwig von. *Intervencionismo: uma análise econômica*. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2012. p. 26-27.

<sup>13</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 232.

<sup>14</sup> *DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Disponível em: <[https://www.senat.fr/lng/pt/declaration\\_droits\\_homme.html](https://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html)> Acesso em: 10 jun. 2016.

Extraí-se do conceito acima esposado que Liberdade é a possibilidade de expansão dos direitos da personalidade dos indivíduos no limite do direito alheio, o qual é definido por lei (princípio da legalidade). Mas a mesma definição ainda ressalta que a lei deve ter como balizadores as “ações nocivas à saúde”, o que induz, *a contrario sensu*, ao raciocínio de que não pode ser a lei demasiadamente abrangente ou genérica.

Ademais, foi neste diapasão que o artigo 5º, II, da Constituição da República de 1988 dispôs que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”<sup>15</sup>. O princípio da legalidade, insculpido no aludido artigo, se reveste de verdadeira garantia individual, anunciando que a liberdade é a regra e não exceção, portanto, a proibição (esta sim exceção) é que deve ser expressamente consignada por uma lei legítima, ou seja, por uma lei que advenha do poder legislativo estabelecido com o consentimento popular e que respeite as normas de elaboração previamente definidas pela constituição.

Contudo, embora seja a liberdade a regra, o legislador originário brasileiro, em 1988, achou por bem consagrar diversas espécies de liberdades individuais no corpo da vigente Carta Magna. Recém-saídos de um regime totalitário, os parlamentares, reunidos em nacional assembleia constituinte, talvez por excesso de zelo, entenderam pertinente registrar expressamente tais liberdades em seu texto, com cristalino objetivo de obstaculizar condutas tendes a cercearem as liberdades individuais.

Sem pretensão de exaurir e esgotar o tema, mas impulsionado pela envergadura constitucional do assunto, o presente artigo elencará a seguir as principais liberdades individuais trazidas no bojo do texto constitucional.

### 3.1 Liberdade de locomoção

---

<sup>15</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2016.

Não à toa inaugura-se o rol das liberdades com a liberdade de locomoção, esta tem residência geográfica no artigo 5º, XV, da Constituição Federal, o qual aduz que: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”<sup>16</sup>

É o verdadeiro direito de ir e vir consubstanciado no inciso supra, sendo, portanto, a liberdade base para todas as demais. Nesse sentido, é o posicionamento do constitucionalista José Afonso da Silva:

Esta constitui o cerne da liberdade da pessoa física no sistema jurídico, abolida que foi a escravidão. A Constituição reservou-lhe um dispositivo, o que não era feito pelas anteriores. Ressaía, antes, como primeira manifestação da liberdade geral de ação.<sup>17</sup>

Mantendo o mesmo ensinamento, o professor Alexandre Moraes, citando o doutrinador Pimenta Bueno, informa que:

O direito à liberdade de locomoção resulta da própria natureza humana, como já salientado por Pimenta Bueno, em comentário à Constituição do Império, no qual ensinava que, “posto que o homem seja membro de uma nacionalidade, ele não renuncia por isso suas condições de liberdade, nem os meios racionais de satisfazer a suas necessidades ou gozos. Não se obriga ou reduz à vida vegetativa, não tem raízes, nem se prende à terra como escravo do solo. A faculdade de levar consigo seus bens é um respeito devido ao direito de propriedade.”<sup>18</sup>

Desse modo, verifica-se que a liberdade de locomoção é direito inata a própria condição de ser humano, razão pela qual é a primeira a ser protegida em nosso ordenamento jurídico, sendo certo que não há nada mais drástico que cercear o direito de ir e vir do cidadão.

### 3.2 Liberdade de expressão e manifestação do pensamento

---

<sup>16</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2016.

<sup>17</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 238.

<sup>18</sup> BUENO, 1958 apud MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 247.

Trata-se da liberdade de o indivíduo adotar uma atitude intelectual de sua escolha. A Carta Política de 88 preceitua, em seus artigos 5º, IV e 220, *caput*, que nenhuma forma de pensamento será submetido a censura, vedando apenas o anonimato. Vejamos:

Art. 5º- IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

Art. 220- *caput*- A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.<sup>19</sup>

Tal liberdade decorre de uma característica ínsita à própria natureza humana, que é viver em comunidade, a chamada “*polis*”, bem como pensar e compartilhar seus pensamentos. Como dizia Aristóteles: “o homem é, por essência, um “animal político” (*anthropos physei politikon zoon*), necessitando expressar suas ideias”<sup>20</sup>. Para melhor enriquecer este posicionamento, cumpre trazer à lume as palavras de Aristóteles:

[...] o homem é o único dos animais que possui a palavra. Ora, enquanto a voz não serve senão para indicar a alegria e a dor, e pertence, por este motivo, também aos outros animais (dado que a respectiva natureza vai até à manifestação das sensações de prazer e de dor, e a significá-las uns aos outros), o discurso serve para exprimir o útil e o prejudicial, e, por conseguinte, também o justo e o injusto: porque é especificidade do homem, relativamente aos outros animais, ser o único que tem o sentimento do bem e do mal, do justo e do injusto e doutras noções morais e é a comunidade destes sentimentos que gera a família e polis.<sup>21</sup>

É nesse contexto que surgiu a necessidade de o ordenamento jurídico salvaguardar a liberdade de pensamento e expressão. A mais abalizada doutrina elucida que:

<sup>19</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2016.

<sup>20</sup> ARISTÓTELES. *Conceito de animal político*. Disponível em: <[http://www.iscsp.ulisboa.pt/~cepp/indexfro1.php3?http://www.iscsp.ulisboa.pt/~cepp/conceitos\\_politicos/animal\\_politico.htm](http://www.iscsp.ulisboa.pt/~cepp/indexfro1.php3?http://www.iscsp.ulisboa.pt/~cepp/conceitos_politicos/animal_politico.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2016.

<sup>21</sup> ARISTÓTELES. *Conceito de animal político*. Disponível em: <[http://www.iscsp.ulisboa.pt/~cepp/indexfro1.php3?http://www.iscsp.ulisboa.pt/~cepp/conceitos\\_politicos/animal\\_politico.htm](http://www.iscsp.ulisboa.pt/~cepp/indexfro1.php3?http://www.iscsp.ulisboa.pt/~cepp/conceitos_politicos/animal_politico.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2016.



Insta destacar que ao titular dessa liberdade permite-se expressar sentimentos, ideias e impressões de variadas formas, seja por mensagens faladas ou escritas, como também por gestos, expressões corporais, imagens, etc. Até mesmo manter o silêncio é prerrogativa aqui assegurada, já que ninguém pode ser forçado por particulares ou pelo Estado a se manifestar sem vontade. Em suma, todas as maneiras que o indivíduo possui para se exprimir encontram guarida constitucional. O que a Constituição não resguarda é o anonimato da manifestação. Isso porque, eventualmente, no exercício dessa faculdade, o sujeito pode agir abusivamente e ferir direitos de outrem (honra ou imagem, por exemplo), ou até mesmo cometer um ilícito penal, casos em que sua identidade será imprescindível para viabilizar a responsabilização aplicável à hipótese.<sup>22</sup>

A liberdade de expressão e de manifestação de pensamento não pode sofrer nenhum tipo de limitação prévia, no tocante a censura de natureza política, ideológica e artística. Contudo, é possível à lei ordinária a regulamentação das diversões e espetáculos, classificando-os por faixas etárias a que não se recomendem, bem como definir locais horários que lhes sejam inadequados. Caberá também à lei estabelecer meios de defesa das pessoas e das famílias quanto a programas de rádio e televisão que descumpram os princípios determinados no art. 221, I a IV, como respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (arts. 220, § 3º, e 221). A inviolabilidade prevista no inciso X do art. 5º, porém, traça os limites tanto para a liberdade de expressão do pensamento como para o direito à informação, vedando-se o atingimento à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas [...].<sup>23</sup>

Entretanto, a Lei Maior veda o anonimato. Isso porque tais manifestações podem ferir direitos de outros indivíduos, como: honra, imagem e privacidade. O que se busca é viabilizar o direito de resposta, o qual deve ser na medida do agravo, bem como eventual reparação por danos morais e materiais ocorridos pelo abuso do direito de expressão. Nesse sentido, é a inteligência do artigo 5º, V da Constituição Cidadã: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> MASSON, Nathalia. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Juspodivum, 2016. p. 239.

<sup>23</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 120.

<sup>24</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2016.

Por derradeiro, acresça-se que a Constituição resguardou o direito de manifestação e pensamento na modalidade artística, científica e intelectual, sendo vedado qualquer tipo de censura prévia, na forma do artigo. 5º, IX, do mesmo diploma legal: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”<sup>25</sup> e também nos artigos 220 e 221, CF/88.

### 3.3 Liberdade religiosa

A Constituição de 1988 consolidou a liberdade religiosa ao separar a Religião do Estado. Fruto das Revoluções Liberais, a laicidade assegura a livre manifestação e o exercício de qualquer culto e credo, libertando o indivíduo de quaisquer interferências de ordem moral, filosófica, religiosa ou política.

Não outro é o sentido exposto no artigo 5º, inciso VI e VIII, o qual é peremptório ao afirmar que ninguém terá seus direitos suprimidos por motivos de credo ou religião, bem como afirma que é livre qualquer manifestação religiosa, sendo inviolável a liberdade de consciência e crença.<sup>26</sup>

Explicando com muito brilhantismo, a professora Nathália Masson aduz que:

Essa faceta do direito à liberdade consiste no posicionamento estatal neutro e independente diante da pluralidade de religiões e concepções filosóficas referentes aos fenômenos sobrenaturais, conferindo aos cidadãos vasta autonomia na adesão de valores religiosos, espirituais, morais ou político-filosóficos.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2016.

<sup>26</sup> Art. 5º [...] VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...] VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei [...]; (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2016.)

<sup>27</sup> MASSON, Nathalia. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Juspodivum, 2016. p. 241

Cumpra mencionar que o inciso VIII *in fine* da Constituição estabeleceu o que a doutrina chama de "escusa de consciência", vale dizer: é a autorização concedida ao particular para que deixe de cumprir determinação legal imposta a todos por questões religiosas, filosóficas ou política, desde que satisfeita uma prestação alternativa prescrita em lei.

Em finalização ao item, insta consignar que, ao contrário das constituições predecessoras, a Constituição de 1988 retirou a exigência de que os cultos deverão observar a ordem pública e os bons costumes, tendo em vista que eram conceitos vagos e imprecisos, dando margem à possível arbitrariedades por parte do Estado.

### 3.4 Liberdade de profissão

Nesta faceta de liberdade, a Carta Política preocupou-se em garantir o exercício de qualquer profissão, labor ou ofício, contudo, em seu artigo 22, XVI<sup>28</sup>, fez uma ressalva, informando que poderá a lei federal exigir o preenchimento de certas qualificações para o regular exercício.

Registra-se que o Supremo Tribunal federal já se manifestou no sentido de que nem todas as profissões poderão ser condicionadas ao cumprimento de condições legais para seu exercício, pois, como se sabe, a Constituição afirma que a regra é a liberdade profissional.

Nesse sentido, é o recentíssimo julgado da Suprema Corte:

Conselho profissional. Ordem dos músicos do Brasil. Exigência de inscrição para efeito de exercício da atividade artística. Incompatibilidade com o texto da constituição da república. Liberdades constitucionais de expressão artística (CF, ART. 5º, IX) e de ofício ou profissão (CF, ART. 5º, XIII). Significado e alcance dessas liberdades fundamentais. Arte e cultura, que representam expressões fundamentais da liberdade humana, constituem domínios interditados à intervenção, sempre perigosa e nociva, do estado. A questão da liberdade profissional e a regulação

<sup>28</sup> Artigo 22, XVI – “organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões”. (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2016.)

normativa de seu exercício. Parâmetros que devem conformar a ação legislativa do estado no plano da regulamentação profissional: (a) necessidade de grau elevado de conhecimento técnico ou científico e (b) existência de risco potencial ou de dano efetivo como ocorrências que podem resultar do exercício profissional. Precedentes do supremo tribunal federal que se consolidaram desde a constituição de 1891. Limites à ação legislativa do estado, notadamente quando impõe restrições ao exercício de direitos ou liberdades ou, ainda, nos casos em que a legislação se mostra destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Magistério da doutrina. Inconstitucionalidade da exigência legal de inscrição na ordem dos músicos do brasil e de pagamento de anuidade, para efeito de atuação profissional do músico. Recurso extraordinário conhecido e provido. 29

Assim, verifica-se que somente quando há potencialidade lesiva na atividade profissional a ser executada é que se pode exigir o preenchimento de determinados requisitos para o regular exercício desta profissão.

### 3.5 Liberdade de reunião e associação

Por fim, porém não menos importantes, cumpre citar as liberdades de reunião e associação. A primeira se apresenta como:

Uma aliança estável de pessoas, sob direção comum, na busca de fins lícitos. Justificam-se naquelas situações em que os homens, mesmo empreendendo grandes esforços, não conseguem obter sozinhos os bens da vida que desejam [...]<sup>30</sup>,

Ao passo que a liberdade de reunião, nos dizeres do professor José Afonso da Silva, é: “qualquer agrupamento formado em certo momento com o objetivo comum de trocar ideia ou receber manifestação de pensamento político, filosófico, religioso, científico ou artístico”.<sup>31</sup>

A liberdade de reunião está prescrita no artigo 5º, XVI da seguinte forma: “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público,

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 574443 MG*. Relator: Min. Celso De Mello. Brasília, 27 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 15 jun. 2016.

<sup>30</sup> MENDES; COELHO; BRANCO apud MASSON, Nathalia. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Juspodivum, 2016. p. 244.

<sup>31</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 265.

independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”<sup>32</sup>. Por sua vez, a liberdade de associação está disposta no artigo 5º, XVII, que assim dispõe: é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar.<sup>33</sup>

Infere-se dos conceitos supramencionados que a liberdade de reunião se reveste de verdadeiro caráter temporário para o compartilhamento de informações de um modo geral, enquanto que a liberdade de associação já precisa do “*animus associativo*”, ou seja, o caráter estável e permanente da aliança para a consecução de fins comuns a um determinado grupo.

Desse modo, as duas liberdades, embora parecidas, ostentam particularidades em sua natureza, mas ambas, por meio de um agrupamento, visam garantir a plenitude de manifestação, compartilhamento e expressão de ideais. Portanto possui íntima ligação com o sistema democrático de direito, tendo em vista que a opinião pública se manifesta em reuniões e agrupamentos.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante se vê dos argumentos lançados de maneira sucinta acima, legítimo é o governo que assegura e dá efetividade as liberdades individuais do cidadão, intervindo somente para garantir o regular exercício destes direitos.

Extraí-se também que, embora haja diversas disposições de caráter intervencionista no texto constitucional brasileiro, certo é que a Constituição da República de 1988 foi influenciada pelas Revoluções Liberais assegurando, expressamente, em seu texto, um rol de inúmeras liberdades perquiridas por estes movimentos.

---

<sup>32</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2016.

<sup>33</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2016.

Acresça-se ainda que a manutenção de tais liberdades é imprescindível para regime democrático de governo, conforme artigo 1º da Constituição, haja vista que possibilita o convívio harmônico de culturas diferentes.

Dessa forma, tem-se que o liberalismo é o método político que prestigia a meritocracia, estimula o empreendedorismo e, por consequência, o desenvolvimento do país, razão pela qual deve ser adotado em detrimento do sistema intervencionista de estado com todos os seus efeitos deletérios.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Conceito de animal político**. Disponível em: <[http://www.iscsp.ulisboa.pt/~cepp/indexfro1.php3?http://www.iscsp.ulisboa.pt/~cepp/conceitos\\_politicos/animal\\_politico.htm](http://www.iscsp.ulisboa.pt/~cepp/indexfro1.php3?http://www.iscsp.ulisboa.pt/~cepp/conceitos_politicos/animal_politico.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 13 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE 574443 MG**. Relator: Min. Celso De Mello. Brasília, 27 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 15 jun. 2016.

**DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <[https://www.senat.fr/lng/pt/declaration\\_droits\\_homme.html](https://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html)> Acesso em: 10 jun. 2016.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Juspodivum, 2016.

MISES, Ludwig von. **Intervencionismo: uma análise econômica**. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

UNITED STATES. **United States Declaration of Independence**. Disponível em: <<http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/brief-history/declaration-of-independence.html>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

# A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FORNECEDORES DE SERVIÇOS VIRTUAIS DE HOSPEDAGEM DE CONTEÚDO, FRENTE AO MARCO CIVIL DA INTERNET, PELA DIVULGAÇÃO DE IMAGENS E VÍDEOS DE PESSOA MORTA

Pietro Pimenta<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente estudo tem por objeto a análise da prática de divulgação – sem qualquer escopo científico ou de protesto contra violações aos direitos humanos, e através de redes sociais virtuais – de imagens e/ou vídeos de pessoas mortas. Desta prática resulta uma disputa entre os direitos da personalidade – principalmente os de imagem, privacidade, e intimidade – de um lado, e, do outro, o que seria uma aparente violação à liberdade de expressão. Será analisado se a divulgação de imagens de pessoa morta, quando inexistente autorização de sua família para tanto, resulta em violação aos direitos da personalidade, e, em caso positivo, se a proibição desta divulgação seria uma limitação à liberdade de expressão. Será abordada também, sob a ótica da Lei nº 12.965 – Marco Civil da *Internet*, de que forma se dá a responsabilidade civil dos fornecedores de serviços virtuais de hospedagem utilizados para realizar tal divulgação. A solução a ser apresentada é no sentido de que a divulgação pública, e sem caráter científico, de imagens e/ou vídeos de pessoa morta, viola os direitos da personalidade, e a proibição desta divulgação não limita a liberdade de expressão. Ademais, que o fornecedor de serviço de hospedagem deve ser civilmente responsabilizado por não retirar o conteúdo de circulação quando for solicitado pelos interessados, pois, apesar de silente quanto ao fator “morte”, a legislação prevê a atuação diligente do fornecedor de serviços para que sejam preservadas a intimidade e a privacidade das pessoas

## ABSTRACT

This study aims to analyse the practice of sharing, via virtual social medias, images and/or vídeos of dead people, with no scientific purpose or protest against human rights violation. The dispute occurs, therefore, between the rights of personality, marjorly the ones concerning image, privacy, and intimacy, on one side, and, on the other, what would seem to be a violation to freedom of speech.

---

<sup>1</sup> Advogado; pós-graduando em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD (SEPN 707/907, Asa Norte, Brasília/D.F. – Brasil, CEP 70790-075); membro pesquisador do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC Universitário; *e-mail*: pietro.pimenta@outlook.com.



## 1 INTRODUÇÃO

Atualmente, em decorrência da evolução tecnológica que se operou de forma vertiginosa nos últimos dez anos, existe tremenda facilidade de se ter à disposição, a qualquer momento e em quase qualquer situação, uma câmera fotográfica capaz de tirar fotos e gravar vídeos. Sendo utilizada para o registro de qualquer objeto ou ocasião, é igualmente fácil de se compartilhar o conteúdo deste registro com dezenas, quiçá milhares de pessoas, quase que instantaneamente.

O que acontece então quando o conteúdo deste registro é a imagem de uma pessoa falecida, em seu leito de morte ou local do acidente no qual sua vida foi ceifada? Sabe-se que a natureza humana apresenta uma curiosidade singular no que diz respeito ao desconhecido, principalmente quanto a um assunto tão comentado, tão inevitável e tão comum a todos quanto a morte. O resultado prático, na maioria das vezes, é o compartilhamento desenfreado da imagem, como ficou claramente demonstrado recentemente quando da divulgação de vídeo do preparo do corpo de Cristiano Araújo, astro do sertanejo universitário que faleceu em trágico acidente de carro, para seu funeral.<sup>2</sup>

O desconhecimento generalizado acerca dos preceitos legais que fazem com que esta prática seja uma violação aos direitos da personalidade do retratado e daqueles que dele são próximos, além do uso inescrupuloso deste tipo de material com o objetivo único de ampliar drasticamente o interesse comum pelo fato noticiado, somados à deturpação social do que poderia ser chamado de *bom senso*, suscitam uma análise detida das violações legais que resultam desta prática, para que sua ocorrência seja, preferencialmente, cada vez menor. Para tanto será feita uma breve explanação acerca dos direitos da personalidade, à proteção constitucional e infraconstitucional conferidas a eles, e de que forma podem ser violados quando tal divulgação é feita.

---

<sup>2</sup> VÍDEO com preparação de corpo de Cristiano Araújo vaza: funerária se defende. Disponível em: <<http://www.correio24horas.com.br/detalhe/noticia/video-com-preparacao-de-corpo-de-cristiano-araujo-vaza-funeraria-se-defende/?cHash=9a7dab025f03558d274dfe26aed197b1>>. Acesso em: 2 out. 2016.

Ademais, será argumentado, para fins de responsabilização civil dos fornecedores de serviço virtual de hospedagem de conteúdo (Facebook, Google+, MySpace, etc.), com base no disposto na Lei nº 12.965/2014, chamada Marco Civil da *Internet*<sup>3</sup> – que se mantém silente quanto a divulgação deste tipo de conteúdo, porém trata de forma expressa a divulgação da nudez –, que o momento da morte de uma pessoa pode ser, muitas vezes, mais íntimo do que a própria nudez, devendo aquele receber o mesmo tipo de proteção conferida a esta.

A proteção aos direitos da personalidade, dentre os quais se encontram o direito à imagem, à privacidade, e à intimidade, tem previsão na Constituição Federal de 1988, em seus arts. 1º, inc. III<sup>4</sup>, e 5º, incs. V e X<sup>5</sup>, que tratam, respectivamente, da i) dignidade da pessoa humana; ii) indenização por dano à imagem; e iii) inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização caso sejam violados.

Seguindo esta previsão, o Capítulo II do Livro I do Código Civil (arts. 11, 12, e 16 a 21<sup>6</sup>) trouxe também disposições acerca da proteção destes direitos,

<sup>3</sup> BRASIL. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em: 2 out. 2016.

<sup>4</sup> Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

<sup>5</sup> Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

<sup>6</sup> Art. 11: Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimidade para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. [...] Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória. Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial. Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome. Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de

que, no que concerne às relações virtuais, recebem tratamento especial pela Lei nº 12.965/2014.

Tais direitos, pela sua natureza de indispensabilidade frente ao direito à existência digna do ser humano, são oponíveis *erga omnes*, porque imateriais e não submetidos à possibilidade de perda e, portanto, absolutos, devendo ser respeitados por todos. A proteção aos direitos da personalidade decorre da necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana, princípio basilar do Estado Democrático de Direito, pois, nas palavras de Ingo W. Sarlet, "a dignidade da pessoa humana é o sustentáculo da proteção da personalidade após a morte"<sup>7</sup>. Já na visão de Durig<sup>8</sup>, pode-se considerar que esta – a dignidade da pessoa humana – foi vulnerada sempre que o indivíduo for rebaixado à condição de objeto, de mero instrumento, sendo tratado como uma coisa, ou seja, sempre que for descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos.

A esta fórmula dá-se o nome de *fórmula do homem-objeto*, adotada pela Constituição Federal do Brasil no inciso III do art. 5º, que aduz que "ninguém será submetido à tortura e a tratamento desumano e degradante". Na hipótese aqui discutida, a divulgação da imagem de uma pessoa morta, cujo único propósito é fomentar a curiosidade mórbida de alguns, é dar a este indivíduo um tratamento degradante, violador de sua privacidade, de seu direito de imagem, e da privacidade de sua família, conduta esta incompatível com os valores morais da sociedade atual. É incontestável que (quase) qualquer pessoa teria repúdio à possibilidade de ter divulgada, de forma pública, irrestrita, e sem qualquer escopo científico, uma fotografia sua feita momentos após sua morte, independentemente do que a tenha causado.

---

morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 15-43.

<sup>8</sup> DURIG, Günter. *Der Grundsatz der Menschenwürde durch allgemeine Programmgrundsetze*. Munchen: Reinhard Fischer Verlag, 1999.

A exposição do ser humano – ainda mais contra a sua vontade – como um mero instrumento de motivação à curiosidade das massas, de forma a limitar sua existência ao objetivo único de fomentar os desejos primários de outrem, o transformando em simples objeto dado ao divertimento e preenchimento do tempo ocioso de alguns, não deve, sob qualquer hipótese, ser permitida. Tal permissão seria uma legítima afronta à dignidade da pessoa humana, que, no caso, é causa e efeito da violação aos direitos da imagem e à privacidade – tanto daquele que foi fotografado quanto de sua família –, ambos integrantes do núcleo dos direitos da personalidade e também dos direitos fundamentais, protegidos pela Constituição Federal e por tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

## 2 O DIREITO DE IMAGEM

A Constituição Federal prevê, no inc. V do art. 5º, que "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral *ou* à imagem". A norma faz clara distinção entre dano moral e dano à imagem, deixando à evidência que este decorre do próprio uso indevido da imagem, independentemente da forma de sua utilização, sendo que esta, sim, pode dar azo ao dano moral. Da mesma forma, o inc. X deste artigo veda qualquer violação à intimidade, privacidade, e imagem das pessoas, garantindo indenização caso seja verificada a sua ocorrência.

Honrando a previsão constitucional, o Código Civil traz um capítulo destinado à matéria, e, em seu art. 11, é dito serem os direitos da personalidade *intransmissíveis e irrenunciáveis*. Entretanto, alguns de seus atributos admitem cessão de seu uso, como, *v.g.*, a imagem. O direito à imagem constitui um direito de personalidade, extrapatrimonial e de caráter personalíssimo, protegendo o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação de sua imagem, ainda mais quando em circunstâncias concernentes à sua vida privada.

O uso da imagem, portanto, deve ser previamente autorizado; inexistindo autorização, a divulgação da imagem será ilícita, pois violado o direito daquele a

quem pertence. Esse o entendimento trazido pelo Min. Cesar Asfor Rocha<sup>9</sup>, apto a dirimir qualquer dúvida quanto ao assunto. *In verbis*:

A imagem é a projeção dos elementos visíveis que integram a personalidade humana, é a emanção da própria pessoa, é o eflúvio dos caracteres físicos que a individualizam. **A sua reprodução, consequentemente, somente pode ser autorizada pela pessoa a que pertence, por se tratar de direito personalíssimo, sob pena de acarretar o dever de indenizar que, no caso, surge com a sua própria utilização indevida.** É certo que não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente à sua imagem; todavia, não se deve exaltar a liberdade de informação a ponto de se consentir que o direito à própria imagem seja postergado, pois **a sua exposição deve condicionar-se à existência de evidente interesse público**, a ser satisfeito, de receber informações, isso quando a imagem divulgada não tiver sido captada em cenário público ou espontaneamente. (grifo nosso).

Percebe-se que a própria utilização indevida da imagem, independentemente do propósito, gera o dever de indenizar aquele a quem pertence a imagem. O presente artigo versa sobre a divulgação não autorizada da imagem de pessoa *falecida*, em circunstâncias que jamais deveriam ser publicadas; apesar de a morte resultar na parcial extinção do direito geral de personalidade, a ofensa a alguns destes direitos pode dar-se de forma reflexa, causando dor e sofrimento à família do falecido. Esta a lição de Elimar Szaniawski<sup>10</sup>, ao afirmar que

[...] Pode, no entanto, ocorrer a existência de efeitos reflexos que venham a atingir os familiares e pessoas ligadas ao morto, ofendendo seus sentimentos, quando então, apesar da extinção do direito geral de personalidade pela morte da pessoa, **a proteção em relação à sua boa fama, à sua boa imagem, deverá continuar a persistir durante algum tempo, contra os atos ou a divulgações de fatos que atentem contra aspectos íntimos e pessoais do**

<sup>9</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº. 58.101/SP*. Quarta Turma. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília, 16 de setembro de 1997. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199400389043&dt\\_publicacao=09-03-1998&cod\\_tipo\\_documento=3&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400389043&dt_publicacao=09-03-1998&cod_tipo_documento=3&formato=PDF)>. Acesso em: 1 out. 2016

<sup>10</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 218.

**falecido totalmente desnecessários, somente divulgados para satisfazer à curiosidade popular.** (grifo nosso).

Sintetizando, "[...] a proteção [...] deverá continuar [...] contra os atos ou a divulgação de fatos que atentem contra aspectos íntimos e pessoais do falecido totalmente desnecessários, somente divulgados para satisfazer à curiosidade popular". Nesta mesma linha de raciocínio, o parágrafo único do art. 12 do Código Civil prevê a extensão da legitimidade para propositura da ação aos familiares.

Prevista, portanto, a exigência de que cesse a lesão ao direito de imagem, bem como a reparação por perdas e danos, estendendo-se a legitimidade para tal requerimento aos parentes do falecido, o parágrafo único do art. 20 do mesmo Código traz, novamente, a possibilidade de proibição de utilização de imagem de uma pessoa, caso não haja autorização, ou não seja necessária à administração da justiça ou manutenção da ordem pública.

Em não havendo cunho científico na exposição de fotografias e/ou vídeos de uma pessoa morta, como é o caso da maioria das vezes em que isso acontece, qual necessidade poderia ser argumentada em defesa à exposição de tal imagem? Pensa-se que, pelo contrário, deve-se ser argumentada a manutenção da ordem pública em favor da punição daqueles que fazem este tipo de divulgação, haja vista o flagrante desrespeito à pessoa retratada, à sua família, e também às diversas pessoas que recebem este tipo de material sem o haver solicitado, e, muitas vezes, se sentem mal ao ter contato com ele.

Ademais, a divulgação deste tipo de imagem não viola apenas o direito de imagem, cuja autorização para seu uso é, na esmagadora maioria das vezes, inexistente, mas, também, outro dos direitos da personalidade protegido pela Constituição Federal, Código Civil, e legislação correlata: o direito à inviolabilidade da intimidade e da privacidade.

### **3 O DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE**

No plano interno da personalidade, como atributos indispensáveis à individualidade, encontram-se a privacidade e a intimidade, ambos com

conceitos difíceis de serem esculpidos, razão pela qual há vasta gama de discussões acerca da abrangência de seus significados. Para o conceito de intimidade, far-se-á uso do sugerido por Edson Ferreira da Silva<sup>11</sup>, qual seja:

O direito à intimidade consiste no poder jurídico de subtrair do conhecimento alheio e de impedir qualquer forma de divulgação de aspectos da nossa existência que **de acordo com os valores sociais vigentes** interessa manter sob reserva. (grifo nosso).

Interessa apontar que, ao fazer referência aos valores sociais *vigentes*, é conferido um caráter de mutabilidade ao alcance deste conceito, pois o que é compreendido como privacidade e intimidade nos dias de hoje pode não o ter sido outrora. Em contraponto, é indiscutível que o "tabu dos mortos" está cronologicamente muito distante de seu fim, pois acompanha a sociedade desde tempos imemoriais<sup>12</sup>. Isto serve para complementar a noção da tremenda violência que é expor, sem qualquer objetivo científico, a foto de uma pessoa morta.

Quanto à privacidade, o entendimento predominantemente aceito parece ser o de Hubmann, descrito na teoria dos círculos concêntricos, que, na doutrina alemã, recebe a denominação jocosa de "teoria da pessoa como uma cebola passiva". Esta teoria aduz que a privacidade é constituída por camadas, círculos concêntricos que representam os diferentes graus de manifestação do sentimento de privacidade, dentre os quais encontra-se a intimidade como círculo mais restrito, inserto no círculo da privacidade, pois esta abrange uma esfera social maior que aquela<sup>13</sup>, ao final das quais está a imagem. A intimidade seria, então, aspecto parcelar da privacidade, sua parte mais recôndita, podendo a pessoa excluí-la de todos, resguardando-a até mesmo perante aqueles a quem não se possa opor a privacidade.

O direito à vida privada e à intimidade são, portanto,

---

<sup>11</sup> SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 131.

<sup>12</sup> FREUD, Sigmund. Totem e tabu (1912-1913): algumas concordâncias entre a vida psíquica dos homens primitivos e dos neuróticos. In: FREUD, Sigmund. *Obras completas: totem e tabu, contribuição à história do movimento psicanalítico e outros textos (1912-1914)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. v. 11. p. 13-244.

<sup>13</sup> DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 108-109.

[direitos] especiais de personalidade, que consistem no poder de toda pessoa assegurar a proteção dos interesses extrapatrimoniais, de impedir a intrusão, o conhecimento de aspectos privativos ou íntimos da vida da pessoa, a divulgação desses aspectos e a investigação na sua vida privada, garantindo a paz, a liberdade da vida pessoal e familiar, criando o dever jurídico em relação a terceiros de não se imiscuírem na vida privada alheia<sup>14</sup>.

Ainda que se discuta a diferença entre os conceitos de privacidade e intimidade, tal diferenciação, aos olhos da Constituição Federal, se mostra de reduzida importância, uma vez que os efeitos jurídicos da violação tanto de uma, quanto de outra, são idênticos<sup>15</sup>. Ademais,

A discussão dogmática sobre os limites entre ambos os conceitos, visto o alto grau de subjetividade que encerra, desviará o foco do problema principal, que é a aplicação do direito fundamental da pessoa humana em questão, em sua emanção constitucional<sup>16</sup>

De forma mais completa e visando a delimitar o alcance da proteção a estes direitos, Rui Stocco<sup>17</sup> aponta que

[...] a confusão estabelecida não tem grande importância, considerando que a Carta Magna, que sobrepõe-se a tudo, declara invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

[...]

São todos atributos da personalidade, mas não exsurgem como palavras sinônimas, **embora intimidade e vida privada, por sua fluidez, vaguidade e subjetividade, possam conter a mesma significação ou alcance jurídico.** (grifo nosso)

Trata-se, portanto, de direitos que constituem um dos fundamentos basilares do direito à imagem, posto que a escolha quanto a como, onde,

<sup>14</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 330.

<sup>15</sup> CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 46, p. 77-119, abr./jun. 2003.

<sup>16</sup> DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 110.

<sup>17</sup> STOCO, Rui. Responsabilidade civil decorrente da violação da intimidade e da vida privada. In: STOCO, Rui (Org.). *Teoria do dano moral e direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 387.



quando, e *se* será difundida sua representação externa fica adstrita ao seu titular. Ensina Maria Helena Diniz<sup>18</sup> que

Constituem ofensas à privacidade e à intimidade: [...] desrespeito à dor pela perda de entes queridos e à situação indevassável de pudor. [...] Em todos esses casos haverá dano, cujo ressarcimento não poderá ser colocado em dúvida.

Desta lição infere-se de maneira indubitável que há, na divulgação de fotografias e/ou vídeos de pessoas mortas, tremendo desrespeito à memória do morto e à dor de sua família, posto que tal divulgação tem a capacidade de devassar sua privacidade e intimidade, indo de encontro ao seu direito de morrer em paz, e de não ter publicizado um momento tão impregnado de intimidade como a morte.

O reconhecimento jurídico de que a divulgação da imagem de pessoa morta viola o respeito à privacidade, dela e de sua família, nasceu há mais de 150 anos, em julgamento ocorrido em 16/6/1858, no Tribunal Civil do Sena, em Paris, no caso histórico da atriz Eliza Rachel Félix, cuja jurisprudência criada foi no sentido de que "ninguém pode, sem consentimento formal de sua família, reproduzir e levar a público os traços de uma pessoa sobre seu leito de morte"<sup>19</sup>.

É de se perguntar: alguém gostaria de morrer em frente a várias pessoas desconhecidas, para que seu corpo sem vida ficasse exposto ao olhar dos curiosos e às lentes das câmeras fotográficas? A natureza animal (da qual o ser humano é parte) é tão avessa a essa ideia que até mesmo o lobo, mamífero bastante diferente do humano, tanto em constituição quanto em racionalidade – porém com quem convive há mais de 32 mil anos –, se afasta da alcateia quando

---

<sup>18</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1. p.152.

<sup>19</sup> "Devemos a construção da teoria do direito ao respeito à vida privada à jurisprudência francesa, que reconheceu uma esfera íntima, ou de um círculo mais restrito do direito à vida privada. A partir do caso Rachel, julgado pelo Tribunal do Sena em 1858, foi, pela primeira vez, reconhecido por uma corte francesa a existência de uma esfera reservada da pessoa, na qual ninguém pode penetrar sem seu expresse consentimento. Ninguém pode, sem consentimento formal de sua família, reproduzir e levar a público os traços de uma pessoa sobre seu leito de morte." – SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.322.

presente a morte, para poder, assim como todos gostariam que fosse morrer em paz!

Poder-se-ia suscitar, em defesa ao direito de divulgar tais imagens, que a proibição deste ato seria uma afronta à liberdade de expressão, também garantida pela Constituição Federal do Brasil. Entretanto, proibir o tipo de divulgação irresponsável de um material sensível como este em nada afetaria a liberdade de expressão, o que será explicado no tópico seguinte.

#### 4 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DIVULGAÇÃO DE IMAGENS DE PESSOAS MORTAS

A liberdade de expressão e o direito à informação são, também, integrantes do rol dos direitos fundamentais e da personalidade, pois necessários à formação social dos indivíduos. Aquela aparece, primeiramente, nos incisos IV e IX do art. 5º da Constituição Federal<sup>20</sup>, ao que a proteção a ambos, tanto à liberdade de expressão quanto ao direito à informação, é trazida expressamente no *caput* do art. 220<sup>21</sup>.

Os conceitos de liberdade de expressão e direito de informação são trazidos, por Luís Gustavo Grandinetti<sup>22</sup>, da seguinte forma:

Por isso é importante sistematizar, de um lado, o direito de informação, e, de outro, a liberdade de expressão. No primeiro está apenas a divulgação de fatos, dados, qualidades, objetivamente apuradas. No segundo está a livre expressão do pensamento por qualquer meio, seja a criação artística ou literária, que inclui o cinema, o teatro, a novela, a ficção literária, as artes plásticas, a música, até mesmo a opinião publicada em jornal ou em qualquer outro veículo.

<sup>20</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

<sup>21</sup> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

<sup>22</sup> CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 25.

De acordo com estas definições, seria ilógico, portanto, argumentar que a proibição da divulgação deste tipo de material constituiria uma limitação à liberdade de expressão, ou ao direito fundamental à informação. Não se trata de criação artística, de opinião, ou de divulgação de fatos; a notícia da morte de um indivíduo independe de imagem ilustrativa. A diferenciação entre os dois direitos deve ter como critério a finalidade da manifestação: caso seja a comunicação de fatos, verificáveis por meios probatórios, tratar-se-á de exercício do direito de informação; caso seja a divulgação de pensamentos ou ideias, os quais, pelo seu caráter de abstração, são insuscetíveis de prova, tratar-se-á de liberdade de expressão.

O exercício do direito de informação pode, em alguma medida, se sobrepor aos direitos da personalidade, pois, por serem ambos integrantes do rol dos direitos fundamentais, não existe hierarquia entre eles, motivo pelo qual existe a possibilidade de serem flexibilizados, a depender das circunstâncias e do caso concreto.

Para que o caso se adeque à uma destas circunstâncias aptas a permitir a flexibilização do direito à privacidade, este requer, antes de qualquer coisa, que haja **indubitável** interesse público na divulgação do fato. O interesse público repousa na insuprimível necessidade de dar a conhecer fato cujo escopo seja o bem geral de um povo ou uma comunidade. Pensamos que a divulgação de imagens de pessoa morta sem cunho científico não se insere na categoria "interesse público", mas sim no anseio geral sem utilidade alguma, no alimento à curiosidade vulgar e ociosa de alguns. A mera curiosidade, longe de ser questão de interesse público, é, no máximo, questão de interesse **do** público, coisas bastante distintas em sua essência. O interesse **do** público é, sem discussão, insuficiente para legitimar qualquer violação à privacidade de alguém. Para que se afira a existência de real interesse público, deve ser utilizado como critério de equacionamento a fórmula "*necessidade + utilidade + adequação*" da divulgação. Ausente quaisquer desses pressupostos não há como se justificar a violação aos direitos de personalidade de alguém.

A informação deve educar, esclarecer, desvendar, e acrescentar, e não saciar indiscrições alheias através da ofensa e vulgarização. O sensacionalismo e vontade de escandalizar não servem ao objetivo da informação.

Pergunta-se, novamente, qual o propósito, que não seja científico, de se divulgar a fotografia de uma pessoa morta? Há qualquer necessidade ou utilidade na divulgação? É adequado que tal imagem seja exposta ao público de forma irrestrita? Ou tal divulgação serve apenas para saciar a curiosidade ociosa e mórbida de alguns poucos que andam na contramão do engrandecimento moral?

## 5 O MARCO CIVIL DA *INTERNET* – LEI Nº 12.965/2014

O Marco Civil da *Internet*, que "estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil", prevê, no inciso II de seu art. 2º, que o uso da internet no Brasil tem como fundamento, dentre outros, o respeito aos direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade, e a finalidade social da rede<sup>23</sup>.

Estipula, no inciso II do art. 3º, a proteção da privacidade como princípio da disciplina do uso da internet no Brasil (Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: [...] II – proteção da privacidade). Mais à frente, no inciso I do art. 7º, são assegurados, da mesma forma que o são na Constituição Federal, os direitos à "inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". No artigo seguinte a previsão é de que "(Art. 8º) A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet." Prosseguindo, no *caput* do art. 10, novamente é feita menção à "preservação da intimidade, vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas".

---

<sup>23</sup> Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: [...] II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; [...] VI - a finalidade social da rede.

Pelos dispositivos apontados percebe-se que o legislador demonstrou extrema e incessante preocupação com a necessidade de preservação dos direitos fundamentais e garantias individuais, principalmente no que diz respeito à proteção à privacidade e ao direito de imagem, bem como da liberdade de expressão, posto que são direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos, e fundamentos da disciplina do uso da internet no Brasil, conforme disposto no art. 2º da lei.

Com o escopo de viabilizar a proteção à privacidade e imagem dos indivíduos, mas de forma a coibir, na medida possível, a afronta à liberdade de expressão, tarefa essa de imensa complexidade, o art. 19 traz, em seu *caput*, disposição no sentido de que o provedor de aplicações de *internet* só poderá ser responsabilizado por danos causados por terceiros caso não tome providências após ordem judicial específica, **ressalvadas as disposições legais em contrário**<sup>24</sup>.

Adiante, no art. 21, é trazida uma exceção a esta disposição legal, que prevê a responsabilização do provedor de aplicações de internet por **violações da intimidade** decorrente da divulgação de materiais que contenham cenas de nudez ou atos sexuais **de caráter privado** quando notificado pelo participante ou representante legal e não retirar o conteúdo de circulação<sup>25</sup>.

Apesar de haver mencionado apenas os atos sexuais, é nítido que a responsabilidade do provedor de aplicações surge a partir da notificação de que houve violação à privacidade e à intimidade de alguém. Como já demonstrado, há clara intenção do legislador no sentido de que a **privacidade** e a **intimidade**

---

<sup>24</sup> Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

<sup>25</sup> Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

das pessoas devam ser protegidas, não obstante tenham sido mencionadas, neste dispositivo, apenas cenas de nudez e de atos sexuais.

Não havendo qualquer relação entre a divulgação do tipo de imagem abordado neste artigo e a liberdade de expressão, como devidamente demonstrado, resta apenas a flagrante violação ao direito de imagem, à intimidade e à privacidade, tanto daquele que foi retratado, quanto de sua família. Sendo a proteção destes direitos o princípio da disciplina do uso da *internet* no Brasil, será agora apresentado um argumento de caráter moral e social, cuja lógica dificilmente poderá ser contestada.

É fato que algumas pessoas gostam de ter sua nudez exposta. Outras, inclusive, recebem quantias elevadas de dinheiro para fazê-lo. Há também pessoas que gostam de praticar atos sexuais em locais públicos – muitas vezes por fetiche –, ou que tornam a exposição de tais atos acessível ao público através de filmagens, ou, ainda, as que recebem dinheiro para fazê-lo. Este tipo de conduta é regulado através de diversas leis, e constitui um mercado cuja renda é de quantias exorbitantes, chegando à casa de 10 bilhões de dólares anualmente, apenas nos Estados Unidos<sup>26</sup>. Em pesquisa realizada pelo maior *site* gratuito de pornô do mundo, as estatísticas apontaram que o Brasil é o segundo colocado no *ranking* dos países que mais acessam pornografia na *internet*<sup>27</sup>.

Entretanto, o mesmo não pode ser dito quanto à morte. Apesar de todos os fatores já apontados, que fazem a morte ser um assunto naturalmente instigante ao *homem*-médio, seria assombroso encontrar algum Estado no mundo no qual exista uma indústria legalizada e regulamentada de comércio de imagens e vídeos de pessoas mortas, ou morrendo. Ainda que não haja legislação específica que proíba tal comércio, sua existência é improvável pela simples objeção moral que permeia a sociedade, atualmente, de maneira quase

<sup>26</sup> WIKIPÉDIA. *Indústria do sexo*. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Ind%C3%Bastia\\_do\\_sexo](https://pt.wikipedia.org/wiki/Ind%C3%Bastia_do_sexo)>. Acesso em: 28 nov. 2016;

<sup>27</sup> TRAÇANDO uma visão geral da indústria pornográfica. Disponível em: <<http://www.reporterunesp.jor.br/tracandoumavisaogeraldaindustriapornografica>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

universal. Ainda que existam aqueles que enviam a seus amigos, com surpreendente naturalidade, vídeos e fotos de pessoas mortas ou morrendo, sem respeito algum pela vida delas ou de seus parentes – o que é verdadeiramente lastimável –, é difícil crer que algum deles estaria disposto a comprar o acesso a esse tipo de conteúdo.

Com isso temos que o comércio de imagens e vídeos de atos sexuais possui extensa regulamentação em quase todo o mundo, ao passo que seria impossível apontar uma legislação, pátria ou alienígena, que regule o comércio de imagens ou vídeos que retratam a morte. No que diz respeito à privacidade e intimidade, poder-se afirmar, portanto, que a morte é acontecimento substancialmente mais reservado do que grande parte dos atos sexuais.

Em atenção a esta complicada situação social, foram propostos o Projeto de Lei nº 2237/2015<sup>28</sup>, chamado Lei Cristiano Araújo, que se propõe a alterar o art. 212<sup>29</sup> do Código Penal, conferindo a ele parágrafo único com a seguinte redação: "É punível quem reproduz acintosamente, em qualquer meio de comunicação, foto, vídeo ou outro material que contenha imagens ou cenas aviltantes de cadáver ou parte dele"; e também o Projeto de Lei do Senado nº 436<sup>30</sup>, de 2015, que, da mesma forma que aquele, pretende conferir ao art. 212 do Código Penal parágrafo único com a seguinte redação: "Aumenta-se a pena de um a dois terços se reincidente o agente ou pratica o crime divulgando ou expondo na internet, redes sociais ou similares, fotos ou vídeos de cadáver". Este último, em sua justificação, afirma que

É notório que o uso de celulares e o mais fácil acesso à internet, com os smartphones, tablets e similares, passaram da condição de praticidade para uma necessidade quase compulsiva para uma parcela

---

<sup>28</sup> BRASIL. *Projeto de Lei nº 2237, de 7 de julho de 2015*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1554077>>. Acesso em: 2 out. 2016.

<sup>29</sup> Art. 212: Vilipendiar cadáver ou suas cinzas: Pena - detenção, de um a três anos, e multa. (BRASIL. *Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 28 nov. 2016.)

<sup>30</sup> BRASIL. *Projeto de Lei nº 436, de 16 de julho de 2015*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122179>>. Acesso em: 2 out. 2016.

significativa de pessoas. Se por um lado, a grande maioria faz bom uso dessa tecnologia e seus aplicativos, outros, infelizmente, têm se valido dessa tecnologia para a divulgação de imagens, não autorizadas, de pessoas (invasão da privacidade) e, mais chocante, de cadáveres (vilipêndio).

Ressaltamos que tais divulgações indesejadas são feitas sem anuência da(s) pessoa(s) diretamente afetada(s) ou de terceiros, por exemplo, vídeos íntimos com conteúdo sexual, mortes e cadáveres.

Quando incorrem neste último, o agente que posta a foto ou vídeo multiplica a dor daqueles que tem seu ente querido, recém-falecido, exposto de maneira tão insensível e cruel. Não há escrúpulos para aquele que faz do cadáver objeto de "promoção" pessoal em mídias sociais. Tampouco escolhem o lugar, seja no local do acidente, seja em hospitais, residências ou cemitérios. Não se preocupam com a dor dos parentes que vivenciaram a perda, só possível de se avaliar para quem passou por esse infausto momento, que lhe acompanhará por toda a existência. O desrespeito não leva em conta a sofrida dor daqueles que ficaram e tampouco daquele que se encontra inerte, sem mais condições de se defender.

## 6 CONCLUSÃO

De todo o exposto extrai-se que a divulgação de imagens e/ou vídeos de pessoas mortas, ou de pedaços de seu corpo, viola de forma flagrante e brutal os direitos da personalidade, cuja previsão de proteção encontra-se na Constituição Federal de 1988. Em não havendo cunho científico na divulgação deste material nada há a ser dito quanto à limitação ao direito de informação e à liberdade de expressão. Até porque, caso a divulgação visasse ao engrandecimento científico, esta não seria feita de forma irrestrita, como o é na maioria dos casos, por mídias sociais como o Facebook, Google+, ou o Whatsapp.

A lei que regulamenta o uso da internet no Brasil não traz qualquer previsão expressa quanto a responsabilidade dos fornecedores de serviços de hospedagem no que diz respeito ao compartilhamento de conteúdo retratando a morte (ou pedaços dela). Entretanto, como demonstrado, traz diversos dispositivos dos quais se infere que seu principal objetivo é a proteção da privacidade e da intimidade dos usuários. Sendo assim, não há razão para que



seja excluído da responsabilidade dos fornecedores de serviços de hospedagem as violações aos direitos da personalidade advindos da publicação de imagens e/ou vídeos de pessoa morta, quando o fornecedor for notificado acerca da existência deste material.

Espera-se que haja uma nova intervenção legislativa, ou até mesmo judiciária, no sentido de reconhecer a possibilidade de responsabilizar os provedores de conteúdo virtuais, haja vista a facilidade de seus usuários se utilizarem de formas anônimas de compartilhamento, tornando impossível ao lesado se dirigir ao verdadeiro causador do dano.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 2 out. 2016.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 28 nov. 2016

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em: 2 out. 2016.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2237, de 7 de julho de 2015**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1554077>>. Acesso em: 2 out. 2016.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 436, de 16 de julho de 2015**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122179>>. Acesso em: 2 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº. 58.101/SP**. Quarta Turma. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília, 16 de setembro de 1997. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199400389043&dt\\_publicacao=09-03-1998&cod\\_tipo\\_documento=3&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400389043&dt_publicacao=09-03-1998&cod_tipo_documento=3&formato=PDF)>. Acesso em: 1 out. 2016.

CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 46, p. 77-119, abr./jun. 2003.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de informação e liberdade de expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DURIG, Günter. **Der Grundsatz der Menschenwürde durch allgemeine Programmgrundsetze**. Munchen: Reinhard Fischer Verlag, 1999.

FREUD, Sigmund. Totem e tabu (1912-1913): algumas concordâncias entre a vida psíquica dos homens primitivos e dos neuróticos. In: FREUD, Sigmund. **Obras completas**: totem e tabu, contribuição à história do movimento psicanalítico e outros textos (1912-1914). São Paulo: Companhia das Letras, 2012. v. 11.

HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45-103.

HUBMANN, Heinrich. **Das Persönlichkeitsrecht**. Münster: Böhlau-Verlag, 1953.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 105-147.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 15-43.

SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

STOCCO, Rui. Responsabilidade civil decorrente da violação da intimidade e da vida privada. In: STOCCO, Rui (Org.). **Teoria do dano moral e direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TRAÇANDO uma visão geral da indústria pornográfica. Disponível em: <<http://www.reporterunesp.jor.br/tracandoumavisaogeraldaindustriapornografica>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

VÍDEO com preparação de corpo de Cristiano Araújo vaza: funerária se defende. Disponível em: <<http://www.correio24horas.com.br/detalhe/noticia/video-com-preparacao-de-corpo-de-cristiano-araujo-vaza-funeraria-se-defende/?cHash=9a7dab025f03558d274dfe26aed197b1>>. Acesso em: 2 out. 2016.

WIKIPÉDIA. **Indústria do sexo**. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Ind%C3%B3ria\\_do\\_sexo](https://pt.wikipedia.org/wiki/Ind%C3%B3ria_do_sexo)>. Acesso em: 28 nov. 2016.

# TRABALHO INFANTIL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Rafael de Lucca Masullo<sup>1</sup>  
João Soares Fragoso Neto<sup>2</sup>

## RESUMO

Este artigo visa abordar do trabalho infantil na sociedade, uma vez que se trata de assunto pouco respeitado por empregadores em diversos aspectos legais. A lei determina que crianças não devem trabalhar como adultos, visto que este período de vida deve ser destinado ao desenvolvimento físico e psicológico, os quais podem sofrer consequências com o início precoce do trabalho. Porém, o trabalho infantil ainda se faz presente nos dias atuais, tanto em meio rural como urbano. Abordar-se-á no presente artigo alguns dados que ilustram a realidade atual do trabalho infantil, utilizando-se o método de pesquisa dedutivo, comparativo e histórico. O trabalho infantil existe, mesmo em tempos contemporâneos, mas vem decrescendo com o passar dos anos.

**Palavras-chave:** Criança. Trabalho. Sociedade.

## ABSTRACT

This article aims to address child labor in society, since it is subject little respected by employers in various legal aspects. The law states that children should not work as adults, since this period of life should be for the physical and psychological development, which may suffer consequences with the early onset of labor. However, child labor is still present today, both in rural and urban areas. Will be addressed in this article some data illustrating the current reality of Child Labour, using the method of deductive, comparative and historical research. Child labor exists, even in contemporary times, but has been declining over the years.

**Key words:** Children; Work; Society.

---

<sup>1</sup> Advogado. Aluno do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. SEPN 707/907 - Asa Norte, Brasília-DF. E-mail: rafade\_lucca@hotmail.com.

<sup>2</sup> Aluno do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. SEPN 707/907 - Asa Norte, Brasília-DF. E-mail: neto.jsf@gmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

Quando se trata do assunto “trabalho infantil”, diversas opiniões surgem e, em grande maioria são posicionamentos criticando a exploração do labor da criança. Entretanto, há casos elogiados, mas são poucos. Como, por exemplo, casos de trabalho artístico infantil, em que menores trabalham em novelas, filmes, programas de tv, dublagens, etc, e casos de trabalho infantil com atividades esportivas de alto rendimento. Para que o trabalho infantil seja aceito pela sociedade contemporânea, as vantagens destinadas à criança devem ser completamente favoráveis. Não só em questões financeiras, mas em aspectos que não interfiram no desempenho escolar e nem tirem a essência do “ser criança”, afinal, esta é uma etapa curta e única da vida pela qual todos passam, portanto, não se admite, no meio jurídico que isto seja tirado delas.

Neste diapasão, há princípios constitucionais que protegem a criança e o adolescente, visando estudar o contexto do trabalho infantil e ter uma visão de como este afeta a vida dos menores que o praticam.

É fato que muitas crianças e adolescentes estão submetidas ao trabalho infantil, puro e simples, nos mais diversos contextos sociais, expostas muitas vezes à jornadas diárias incessantes de trabalho, condições precárias, até mesmo de exploração, com recebimento de quantias irrisórias em troca de sua força de trabalho, o que acaba também prejudicando seu desenvolvimento natural, físico e, por conseguinte o desempenho e frequência escolar, alijando-as do convívio familiar adequado, dentre tantas outras consequências.

Acima de tudo, as crianças e adolescentes devem estar protegidas, para que sejam garantidos os seus direitos e respeitada a condição que têm, de seres humanos em estágio de desenvolvimento.

Deste modo, a legislação brasileira trata do assunto como meio protetivo à criança, há a prevalência dos interesses do menor e da prioridade absoluta e da proteção integral às crianças e adolescentes, que é também base do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), entendendo ser uma pessoa em desenvolvimento que merece tratamento diferenciado para que seja garantida

sua formação psicológica e física, de modo a evitar que qualquer outro tipo de trabalho que seja autorizado influencie exaustivamente em desfavor deste menor, mas sim sirva como meio de impulsionar o seu desenvolvimento.

Assim, o trabalho infantil deve ser combatido de uma maneira geral e deve haver uma fiscalização cada vez maior de organismos brasileiros e internacionais, para que sejam descobertas situações de trabalho a que os menores estão submetidos e sejam aplicadas severas sanções a quem desrespeita a lei, inclusive a pessoas físicas que se utilizam do trabalho de menores e devem ser responsabilizadas penalmente, com exceção dos casos em que há autorizações previstas em lei.

## 2 TRABALHO INFANTIL

### 2.1 Princípios relevantes

Para um entendimento melhor no âmbito da discussão sobre trabalho infantil faz-se necessário ressaltar alguns princípios que tem fundamental importância no contexto social das crianças e adolescentes.

Como exemplo destes princípios, têm-se o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana com um conceito bastante amplo<sup>3</sup>, derivado da Carta das Nações Unidas e positivado em nosso ordenamento pátrio como um dos princípios fundamentais<sup>4</sup> norteadores de nossa democracia. Assim, dada a complexidade e abrangência conceitual, é bastante difícil elaborar uma definição jurídica para tal, pois engloba diversos entendimentos e significados. Historicamente, foi compreendida como um valor<sup>5</sup>.

Outra definição também bastante aceita conceitua a dignidade como um valor espiritual, moral e fundamental ligado à pessoa, que se verifica através da

---

<sup>3</sup> ANDRADE, Vander Ferreira. *A dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Cautela, 2007

<sup>4</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2016.

<sup>5</sup> LEMISZ, Ivone Ballao. *O princípio da dignidade da pessoa humana: reflexão sobre o princípio da dignidade da pessoa humana à luz da Constituição Federal*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5649/O-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 2 jul. 2016.

liberdade consciente e responsável de agir na própria vida e que leva consigo um desejo do indivíduo de ser respeitado pelas demais pessoas. Assim, configura-se como princípio invulnerável, que deve ser garantido por todo e qualquer ordenamento jurídico. Dessa maneira, até podem ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, de forma excepcional, mas sem que haja desrespeito e menosprezo à estima e dignidade que todas as pessoas merecem, enquanto sujeitos de direitos<sup>6</sup>.

Outro princípio de extrema relevância é o Princípio da Prevalência dos Interesses do Menor, destinado a atender a proteção integral às crianças e adolescentes. Este princípio é um dos marcos balizadores dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, visto que estes são considerados ainda pessoas em desenvolvimento e carecem de cuidados especiais (proteção integral). Dessa maneira, devem ter prioridade absoluta em relação a outras camadas da sociedade<sup>7</sup>. Para fins de interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente ou de qualquer legislação afeta, os interesses dos menores devem sempre prevalecer sobre quaisquer outras interpretações ou interesses de outrem<sup>8</sup>.

Há também o Princípio da Prioridade Absoluta e da Proteção Integral às Crianças e Adolescentes, o qual visa dar condições para que o desenvolvimento desses indivíduos se dê de maneira natural, contínua e equilibrada, para que ao chegarem à vida adulta, estes se estabeleçam em plenas condições de expressão de si mesmos.

---

<sup>6</sup> MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil*. Interpretada e Legislação Constitucional. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

<sup>7</sup> MENDES, Moacyr Pereira. *ECA: a proteção integral da criança e do adolescente: novidade utópica ou realidade esquecida?* Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=2257&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=2257&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 2 jul. 2016.

<sup>8</sup> *Princípios Defendidos Pelo Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/29929/principios-defendidos-pelo-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente>>. Acesso em: 02/07/2016.

São todos princípios voltados à pessoa, à conservação da sua dignidade, e ao mesmo tempo à sociedade e à preservação da qualidade de vida<sup>9</sup>.

## 2.2 Histórico do trabalho infantil no mundo

O Trabalho Infantil é uma prática utilizada desde os tempos mais remotos na sociedade, não decorre apenas dos tempos atuais. Não é apenas um fenômeno da modernidade. Há inclusive referências bíblicas à exploração de crianças escravas, bem como são conhecidos os abusos que tiveram lugar em períodos tenebrosos da história mundial tais como a situação das crianças durante a Revolução Industrial, onde a mão-de-obra destas foi utilizada em larga escala<sup>10</sup>.

A maior parte dos povos da Antiguidade, crianças e adolescentes (menores) não eram considerados sujeitos de direitos, como hoje são. Se submetiam ao poder paterno, no qual o pai era detentor do *jus vitae necis* sobre eles e tinha o poder de vendê-los, podendo até, em tempos mais longínquos, matá-los<sup>11</sup>.

Em Roma e na Grécia Antiga, era utilizada a mão-de-obra escrava. Nesta época o escravo não era considerado uma pessoa, mas sim uma coisa, mercadoria, que não possuía qualquer direito e estava submetido ao domínio do seu senhor, pois era uma propriedade dele, não importando se era criança ou adulto<sup>12</sup>.

Posteriormente, na Idade Média, houve a implantação do feudalismo onde o dono (proprietário) da terra era o senhor feudal, que permitia com que seus servos nela cultivassem, em troca de parte da produção; e como contrapartida, o senhor feudal ofereceria proteção política e militar<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> SANTOS, Eliane Araque dos. A naturalização do trabalho infantil. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 72, n. 3, set-dez. 2006. Disponível em: <[http://www.fnpeti.org.br/artigos/art\\_ea2.pdf](http://www.fnpeti.org.br/artigos/art_ea2.pdf)>. Acesso em: 02 jul. 2016.

<sup>10</sup> CIPOLA, Ari. *O trabalho infantil*. São Paulo: Publifolha, 2008.

<sup>11</sup> TAVARES, José de Farias. *Direito da infância e da juventude*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

<sup>12</sup> TAVARES, José de Farias. *Direito da infância e da juventude*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

<sup>13</sup> MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. *A criança e o adolescente no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.



Com o decorrer do tempo, houve o surgimento de uma nova modalidade de produção, impulsionada pelas alterações nas relações econômicas que ainda estavam em formação, denominada de Corporações de Ofício<sup>14</sup>, as quais deram início à confecção de produtos artesanais (feitos à mão)<sup>15</sup>. Assim, os pais introduziam seus filhos nessas “Corporações de Ofício”, na qualidade de “aprendizes”, e estes passavam a morar na residência do proprietário da oficina, onde recebiam apenas ensinamentos (sem remuneração pelo que produzissem) em troca dos serviços prestados. Apenas com o passar de muitos anos e após a maioridade, poderiam chegar à condição de “companheiros”, que eram remunerados pela mão-de-obra e, só após um tempo poderiam tornar-se “mestres”; ou seja, proprietários de oficinas, com “companheiros” e “aprendizes” trabalhando em suas corporações<sup>16</sup>.

Com o surgimento das primeiras máquinas a vapor e, por consequência, sua utilização, em substituição à manufatura, surgiram as primeiras indústrias, que evidenciaram uma profunda alteração nas relações de trabalho, dando fim à escravidão e criando assim uma relação de emprego, gerando as figuras de empregado e patrão<sup>17</sup>.

Houve também um aumento da jornada de trabalho, com o advento da energia elétrica, ocorrendo assim uma substituição do trabalho do homem adulto, pela exploração da mão-de-obra de mulheres, crianças e adolescentes, por tal prática configurar-se como mais “barata”. Neste período, o Estado considerava empregado e empregador livres, podendo estes pactuarem autonomamente as condições de trabalho, ficando dessa maneira, desamparado quem negociava sua força de trabalho, pois não havia qualquer tipo de norma protetiva<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituição do direito do trabalho*. 22 ed. São Paulo: LTr, 2005. v. 1.

<sup>15</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 34 ed. São Paulo: LTr, 2009.

<sup>16</sup> MINHARRO, Eroltilde Ribeiro dos Santos. *A criança e o adolescente no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003

<sup>17</sup> SAAD, Eduardo Gabriel. *Curso de direito do trabalho*. 7. Ed. São Paulo: LTr, 2014.

<sup>18</sup> MINHARRO, Eroltilde Ribeiro dos Santos. *A criança e o adolescente no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

Com a industrialização e a livre concorrência, foi modificada a relação humana com o trabalho, passando a haver a livre estipulação dos contratos de trabalho, não conferindo qualquer direito ao proletariado, adulto ou criança<sup>19</sup>.

Através da utilização das máquinas, a mão-de-obra passou a ser menos utilizada, pois foi substituída aos poucos por elas (máquinas), o que gerou diversas manifestações sociais, com a depredação de algumas delas e dos equipamentos de produção, em um episódio que ficou conhecido como “A Quebra das Máquinas”<sup>20</sup>.

Evidenciava-se um longo período de descaso e exploração dos empregados pelos empregadores, sendo estes submetidos a excessivas jornadas diárias de labor e, dessa maneira, o Estado teve a necessidade de intervir nas relações de trabalho<sup>21</sup>.

Assim, surgiram as primeiras leis para proteção da mão-de-obra infanto-juvenil, mais como uma reação dos homens desempregados, que não se viam em condições de subsistir, do que como produto pela indignação pelo imoral emprego infantil em trabalhos pesados e jornadas extenuantes<sup>22</sup>.

Somente em 1924 foi firmado o primeiro documento internacional que defendia uma proteção especial à criança e ao adolescente, documento este denominado de Declaração de Genebra. Teve seus princípios incorporados, em 1948, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, que tinha por base o direito a cuidados especiais e específicos que deveriam ser conferidos a todas as crianças<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>20</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>21</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>22</sup> MINHARRO, Eroltilde Ribeiro dos Santos. *A criança e o adolescente no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

<sup>23</sup> CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral; MENDES, Emílio Garcia (coords.) *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

A Declaração Universal dos Direitos da Criança, em 1959, consolidou que não seria admitido à criança trabalhar antes da idade mínima conveniente e de forma alguma esta poderá ser levada, ou será permitido que ela empenhe-se em atividade ou emprego qualquer que lhe prejudique a saúde ou educação e que interfira no desenvolvimento físico ou mental da mesma<sup>24</sup>.

Finalmente, houve a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que obteve a aprovação da ONU (Organização das Nações Unidas), em 1989, atualmente em vigor, que foi ratificada pelo Brasil e incorporada ao ordenamento normativo jurídico interno, por meio do decreto legislativo de nº 28. Antes desta Convenção citada, o mundo não reconhecia crianças e adolescentes como sujeitos de direitos. Assim, estes puderam ser alçados à essa condição e foram fixados seus direitos e o dever da família, sociedade e Estado de garanti-los<sup>25</sup>.

Dessa forma, o âmbito internacional da questão do trabalho infantil, influenciou diretamente o Brasil, principalmente no que tange a esses documentos internacionais explicitados anteriormente.

## 2.3 Histórico do trabalho infantil no Brasil

A utilização de mão-de-obra infantil é evidenciada desde o período colonial. Portugal incentivava crianças e adolescentes órfãos ou mais pobres que lá residiam a embarcarem em navios rumo a nossas terras, para trabalharem perigosamente nas embarcações, o que abrangia exploração física e até mesmo sexual<sup>26</sup>.

Nesta época, as legislações brasileiras discorriam muito pouco em aspectos gerais, sobre muitos assuntos, tratando apenas da forma de Estado e o

---

<sup>24</sup> CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral; MENDES, Emílio Garcia (coords.) *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>25</sup> CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral; MENDES, Emílio Garcia (coords.) *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>26</sup> MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. *A criança e o adolescente no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

sistema de Governo. Não havia qualquer menção à medidas de proteção trabalhistas<sup>27</sup>.

Através da Constituição de 1824, houve uma evolução nessa área, com a abolição das corporações de ofício, com intenção de tornar livre a escolha e exercício de diversos ofícios ou profissões. Houve também, em 13 de maio de 1888, a assinatura da Lei Áurea, por parte da Princesa Isabel que aboliu a escravidão<sup>28</sup>.

Apesar da evolução ocorrida quanto à proteção normativa trabalhista em nosso país no século XIX, ocorreu também um relevante retrocesso, com a lei de 8 de julho de 1865, que permitia ao Governo preencher vagas no Exército, durante a Guerra do Paraguai, com crianças. Muitas delas eram recrutadas com apenas 12 (doze) anos de idade para serem enviadas na frente de batalha, demonstrando assim, claramente, que o Brasil à época era omissor na edição de leis protecionistas ao trabalho da criança e, além disso, cometia o abuso de enviar crianças e adolescentes indefesos aos campos de batalha<sup>29</sup>.

Com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, o Brasil deu início a uma política de proteção aos direitos trabalhistas, após o término da Primeira Guerra Mundial, posteriormente às diversas transformações ocorridas na Europa e no Mundo à época<sup>30</sup>.

Somente em 1927, com a implementação do Código de Menores, o país passou a se preocupar de maneira efetiva com o trabalho infantil, diploma legal este que sofreu diversas críticas e questionamentos, e por isto, foi suspenso por dois anos, devido a um *habeas corpus* impetrado, que alegava a interferência quanto ao princípio do pátrio poder. Os donos de indústrias alegavam ainda que o Código estimulava o ócio dos menores e a cometerem crimes e caírem em

<sup>27</sup> MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. *A criança e o adolescente no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

<sup>28</sup> MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. *A criança e o adolescente no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

<sup>29</sup> MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. *A criança e o adolescente no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

<sup>30</sup> MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. *A criança e o adolescente no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

vícios, ingressando à margem da sociedade (marginalizando-se). Ainda com base neste (Código de Menores), crianças até 12 anos de idade não poderiam exercer qualquer tipo de trabalho, as com idade até 14 anos poderiam trabalhar em praça pública e menores de 18 anos não poderiam laborar no período noturno<sup>31</sup>.

Já atualmente, o Brasil possui como instrumentos normativos a este tema: a CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), de 1943, que discrimina os direitos trabalhistas; a CF de 1988 (Constituição Federal) que, de maneira geral, abrange tudo num conceito amplo e defende a doutrina da proteção integral dos direitos e deveres dos cidadãos, onde estão inseridos também a criança e o adolescente e o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), que também é conhecido como Lei nº 8.069/90 e que apresenta as regras dos direitos infanto-juvenis, dentre eles, os destinados ao trabalho infantil, dispõe sobre a aplicação desses direitos e a responsabilidade perante as ameaças ou a violação aos direitos e garantias fundamentais dessa parcela “especial” da população.

O Estatuto da Criança e do Adolescente se tornou a principal norma de proteção ao menor. Em seu artigo 4º, traz a variedade de direitos assegurados a esta pessoa. Quais sejam<sup>32</sup>:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;

<sup>31</sup> MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. *A criança e o adolescente no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

<sup>32</sup> BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 2 jul. 2016.

d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Deste modo, é possível determinar a responsabilidade na garantia dos direitos da criança e do adolescente que não é só da família, nem apenas do Estado, da comunidade ou da sociedade, mas sim de todos em conjunto. A criança não pode, em hipótese alguma, ser negligenciada e todas as instâncias devem trabalhar nesse sentido. Cabe a cada um fazer sua parte, de forma a serem esferas complementares na formação e na atenção integral.

Acerca do trabalho infantil, o Estatuto da Criança e do Adolescente trata em seu artigo 60<sup>33</sup> da seguinte forma: “Art. 60. É proibido qualquer trabalho a menores de quatorze anos de idade, salvo na condição de aprendiz”. Assim, o Estatuto reitera o já preconizado pela CF e CLT. Essa condição de aprendiz é peculiar, pois exige que o menor esteja frequentando regularmente a escola e que tenha bom aproveitamento nela<sup>34</sup>.

Assim sendo, é absolutamente vedado o trabalho de indivíduo menor de 14 anos, sendo permitido apenas o trabalho aos menores com idade entre 14 e 16 anos, na condição de aprendiz e proibido também o trabalho que acarrete ou possa acarretar perigo ou danos à saúde do trabalhador adolescente, com idade entre 16 e 18 anos.

Finalmente, além de discorrer sobre os direitos fundamentais da criança e adolescente, o Estatuto legalizou o direito da criança à brincadeira, participação na vida familiar e expressão de sua própria opinião, em seu artigo 16, direitos esses que devem ser preservados em primeiro lugar. A prevenção à violação desses direitos constitui-se atualmente como dever de todos, conforme o artigo 70<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 2 jul. 2016.

<sup>34</sup> ROCHA, Daniela. *O ECA e o Trabalho Infantil*. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/ConteudoId/43777ba7-7d82-4c48-b73d-f4e6133e91c0/Default.aspx>>. Acesso em: 2 jul. 2016.

<sup>35</sup> CAVALCANTE, Sandra Regina. *Trabalho infantil artístico: do deslumbramento à ilegalidade*. São Paulo: LTr, 2011.

## 2.4 Quadro atual

### 2.4.1 No mundo

Atualmente, estima-se que há cerca de 167,9 milhões de trabalhadores infantis espalhados pelos mais diversos locais do Mundo, o que representou uma queda de um terço nesse número entre 2000 e 2012, de acordo com o Relatório “Medir o Progresso na Luta contra o Trabalho Infantil”, divulgado pela OIT. Esses, dos quais, mais da metade (85,3 milhões), estão envolvidos em atividades perigosas que podem acarretar algum prejuízo a sua saúde física ou mental<sup>36</sup>.

Segundo o mesmo relatório da OIT (Organização Internacional do Trabalho), o maior número absoluto de crianças em situação de trabalho infantil está na Ásia e no Pacífico, onde há 77,7 milhões delas. Apesar disso, é na África Subsaariana que se encontra o maior número proporcional de crianças nessa situação - são 59 milhões para uma população total de 275,7 milhões (21,4%). Na América Latina e Caribe esse percentual é de aproximadamente 9% (12,5 milhões)<sup>37</sup>.

Há ainda por volta de 99,7 milhões de meninos nessa situação (o que representou também uma queda de 25% perante os 132,2 milhões, de 2000) e 68,1 milhões de meninas (queda expressiva de 40% perante as 113,3 milhões de 2000)<sup>38</sup>.

A agricultura é o setor no qual há o maior número de crianças trabalhando: cerca de 98,4 milhões, o que representa 58,6% em relação ao total. Também são significativos os números registrados nos serviços (54 milhões ou

---

<sup>36</sup> CARREIRA, Renan. Trabalho infantil recua no mundo, mostra relatório da OIT. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia-geral,trabalho-infantil-recua-no-mundo-mostra-estudo-da-oit,165367,0.htm>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

<sup>37</sup> CARREIRA, Renan. Trabalho infantil recua no mundo, mostra relatório da OIT. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia-geral,trabalho-infantil-recua-no-mundo-mostra-estudo-da-oit,165367,0.htm>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

<sup>38</sup> CARREIRA, Renan. Trabalho infantil recua no mundo, mostra relatório da OIT. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia-geral,trabalho-infantil-recua-no-mundo-mostra-estudo-da-oit,165367,0.htm>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

32,3%) e na indústria (12 milhões ou 7,2%), sendo a maior parte dos casos na economia informal<sup>39</sup>.

Este mesmo (relatório) traz à tona ainda várias ações que causaram os avanços na luta contra o trabalho infantil. Conclui que apesar do crescimento econômico ser de vasta importância, as opções políticas podem ter ainda mais importância. Por isso, jamais foi tão evidente o progresso na luta contra este tema, como no período entre 2008 e 2012, apesar do cenário de crise financeira mundial que houve e as consequências que gerou<sup>40</sup>.

Tendo por base esse progresso, a OIT realizou uma estimativa de que no ano atual (2016) há 134 milhões de crianças em situação de trabalho infantil, sendo 65 milhões destas em atividades “perigosas” e em 2020 serão 107 milhões de trabalhadores mirins, com 50 milhões destes em trabalhos perigosos<sup>41</sup>.

### 2.4.2 No Brasil

Atualmente, o Brasil vivencia o trabalho infantil em todas as zonas, seja ela urbana ou rural. Pode-se dizer que, felizmente, o país já atingiu seu ápice com relação a quantidade de menores trabalhando. Entretanto, ainda chega-se a um número considerável, levando em consideração que o país dispõe de leis que visam erradicar por completo a prática de empregar crianças e adolescentes.

Deste modo, recai-se na questão da efetividade da norma. As sanções impostas aos empregadores são consideradas exemplares para inibir a prática, por esta razão há a diminuição do número de crianças trabalhando, mas ainda

---

<sup>39</sup> CARREIRA, Renan. *Trabalho infantil recua no mundo, mostra relatório da OIT*. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia-geral, trabalho-infantil-recua-no-mundo-mostra-estudo-da-oit,165367,0.htm>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

<sup>40</sup> CARREIRA, Renan. *Trabalho infantil recua no mundo, mostra relatório da OIT*. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia-geral, trabalho-infantil-recua-no-mundo-mostra-estudo-da-oit,165367,0.htm>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

<sup>41</sup> CARREIRA, Renan. *Trabalho infantil recua no mundo, mostra relatório da OIT*. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia-geral, trabalho-infantil-recua-no-mundo-mostra-estudo-da-oit,165367,0.htm>>. Acesso em: 02 jul. 2016.

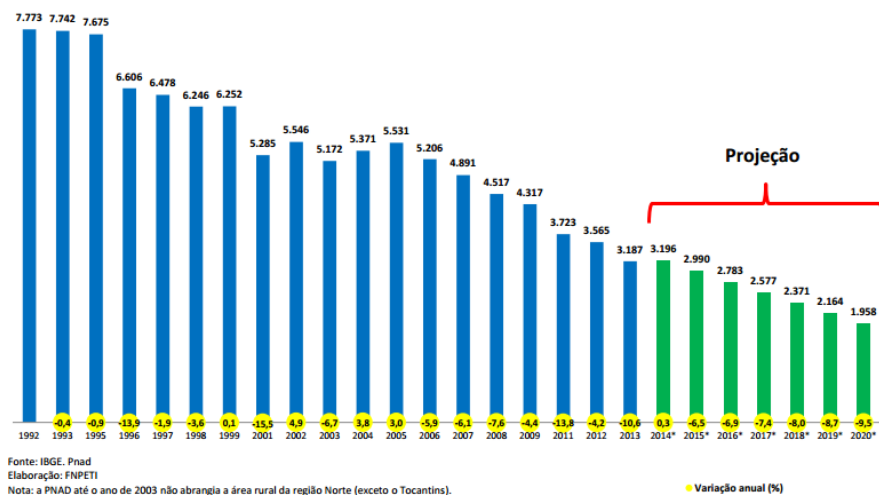


se questiona se a erradicação é uma questão de tempo ou se com o cenário atual de legislações e pensamentos chega-se a um ponto em que não se alcançará a extinção.

É possível imaginar a progressão do trabalho infantil no Brasil com o seguinte gráfico:

**Gráfico 1 – Número de crianças e adolescentes de 5 a 17 anos de idade ocupados**

**Brasil 1992-2020 (Mil pessoas)**



Fonte: FNPETI, 2013

Com a projeção gráfica, é possível notar que ainda existem milhares de trabalhadores infanto-juvenis, os quais ainda continuarão existindo por longos anos. Atualmente não se sabe o quão distante o país está da erradicação, pelo fato de não depender única e exclusivamente de políticas públicas. É uma tarefa árdua que deverá romper barreiras culturais e educacionais que, ao que parece, o Brasil ainda está distante de alcançar.

### 3 CONCLUSÃO

Com a realização da presente pesquisa, pôde-se evidenciar o contexto do trabalho infantil, com dados que comprovam o quanto essa prática, apesar de proibida, ainda é bastante utilizada no mundo, nas mais diversas atividades,

quando em verdade deveria ser severamente combatida, posto que é proibida pela lei e, na grande maioria dos casos, prejudica o desenvolvimento natural de crianças e adolescentes, e até os expõe a situações vexatórias e de risco.

Também há de se ressaltar, os princípios e dispositivos constitucionais que se enquadram na proteção à criança e ao adolescente e que devem ser respeitados, o que infelizmente, muitas vezes não ocorre neste contexto de trabalho infantil. Princípios tais como o da dignidade da pessoa humana, prevalência dos interesses do menor e prioridade absoluta e proteção integral da criança e adolescente, também preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Cumpre destacar ainda que, apesar de ainda termos muitos menores em situação de trabalho infantil, esse número tem tido uma diminuição ao longo dos tempos, tanto em âmbito mundial quanto no Brasil, onde há o PETI (Programa de Erradicação do Trabalho Infantil) que busca erradicar toda e qualquer atividade de labor realizada por crianças e adolescentes.

Por fim, conclui-se criança e o adolescente necessitam, sobretudo, de proteção e amparo, além de não poderem ser alijados do convívio familiar e da frequência escolar, fato evidenciado na grande maioria dos casos de trabalho infantil. Não são sujeitos em iguais condições às dos adultos, e isso deve ser respeitado acima de tudo, o que não pode ser diferenciado, no contexto do tema em questão.

Assim sendo, se estes jovens tiverem seu desenvolvimento físico e psicológico respeitado, além de possuírem condições dignas para tal, poderão posteriormente entrar no mercado de trabalho, em idade adequada, e também começarem seu desenvolvimento profissional prático, que começa a ser formado com a educação escolar.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vander Ferreira. **A dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Cautela, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.  
Acesso em: 2 jul. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 2 jul. 2016.

CAVALCANTE, Sandra Regina. Trabalho **infantil artístico**: do deslumbramento à ilegalidade. São Paulo: LTr, 2011.

CIPOLA, Ari. **O trabalho infantil**. São Paulo: Publifolha, 2008.

DINIZ, Juliana; RAMOS, Cláudia. Eles querem ser famosos. **Revista Claudia**, Rio de Janeiro, ano 46, n. 12, dez. 2007.

FÓRUM NACIONAL DE PREVENÇÃO E ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL. **Trabalho infantil no Brasil**. 2013, p. 8. Disponível em:  
<<http://www.fnpeti.org.br/arquivos//biblioteca/6e6bf236785a60269ee1ff78339c9fc9.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2016.

GUÉRIN, F. et al. **Compreender o trabalho para transformá-lo**: a prática da ergonomia. São Paulo: Edgar Blucher, 2001.

LEMISZ, Ivone Ballao. **O princípio da dignidade da pessoa humana**: reflexão sobre o princípio da dignidade da pessoa humana à luz da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5649/O-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 2 jul. 2016.

MENDES, Moacyr Pereira. **ECA**: a proteção integral da criança e do adolescente: novidade utópica ou realidade esquecida? Disponível em:  
<[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=2257&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=2257&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 2 jul. 2016.

MINHARRO, Erolde Ribeiro dos Santos. **A criança e o adolescente no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil**: Interpretada e Legislação Constitucional. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVA, José Roberto Dantas. O trabalho infanto-juvenil artístico e a idade mínima: sobre a necessidade de regulamentação e a competência para sua autorização. **Revista Amatra XV**, Campinas, n. 3, p. 120-152, 2010.

ROCHA, Daniela. **Depoimento**. 2006. Disponível em:  
<<http://www.camara.gov.br/internet/tvcamara/default.asp?selecao=materia=43150>> Acesso em: 02 jul. 2016.

ROCHA, Daniela. **O ECA e o Trabalho Infantil**. Disponível em:  
<<http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/ConteudoId/43777ba7-7d82-4c48-b73d-f4e6133e91c0/Default.aspx>>. Acesso em: 2 jul. 2016.

SANTOS, Eliane Araque dos. A naturalização do trabalho infantil. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 72, n. 3, set-dez. 2006. Disponível em:  
<[http://www.fnpeti.org.br/artigos/art\\_ea2.pdf](http://www.fnpeti.org.br/artigos/art_ea2.pdf)> Acesso em: 02 jul. 2016.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituição do direito do trabalho**. 22. ed. São Paulo: LTR, 2005. v. 1.

TAVARES, José de Farias. **Direito da infância e da juventude**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

VILELA, Lucas Souza. **Princípios defendidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em:  
<<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/29929/principios-defendidos-pelo-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente>>. Acesso em: 2 jul. 2016.

# QUESTÕES REFERENTES A ASSISTÊNCIA SOCIAL E A EFETIVIDADE DOS BENEFÍCIOS PREVISTOS NA LOAS

Shirley Andrade de Oliveira Carvalho<sup>1</sup>  
Tânia Cristina Martins Araújo<sup>2</sup>

## RESUMO

A pesquisa trata de questões referentes a Assistência Social e a efetividade dos benefícios previstos na LOAS. A abordagem visa analisar de modo geral a assistência social e de maneira específica a efetividade dos benefícios previstos nessa lei. Com a finalidade de atingir os objetivos estabelecidos foi utilizado o método de revisão bibliográfica acerca do tema. Nesse sentido, foi possível verificar que a CF, bem como a LOAS proporcionaram a consolidação da Assistência Social como políticas públicas e o favorecimento do princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, existem dificuldades para o acesso aos benefícios assistenciais previstos na LOAS. Ademais, também é relevante considerar o entendimento no sentido da provisão social básica em prol de maior otimização de serviços sociais e à efetivação de direitos fundamentais. Sendo que para a efetividade da Assistência Social deve ser valorizada a atuação política envolvendo todos os entes da federação.

**Palavras-chave:** Assistência Social, Efetividade, LOAS.

## ABSTRACT

The research deals with issues relating to Social Assistance and the effectiveness of the benefits foreseen in LOAS. The approach aims to analyze the general social assistance and specific way the effectiveness of the benefits provided under that law. In order to achieve the established objectives, we used the literature review method on the subject. In this sense it was verified that the CF and the LOAS provided the consolidation of Social Assistance and public policies, and favoring the principle of human dignity. However, there are difficulties in access to welfare benefits under the LOAS. Moreover, it is also relevant to consider the understanding towards basic social provision in favor of further optimization of social services and realization of fundamental rights. Since for the effectiveness of social assistance should be valued policy action involving all the entities of the federation.

---

<sup>1</sup> Aluna do Curso de Pós-graduação em Direito do Trabalho e Previdenciário do Centro Universitário de Brasília – UniCeub/ ICPD.

<sup>2</sup> Aluna do Curso de Pós-graduação em Direito do Trabalho e Previdenciário do Centro Universitário de Brasília – UniCeub/ ICPD.

**Keywords:** Welfare, Effectiveness, LOAS.

## **1 INTRODUÇÃO**

A política de assistência social do Brasil é de caráter não contributivo e tem como função primordial garantir meios necessários para serem supridas as necessidades básicas daquelas pessoas que não têm a mínima condição de manter uma existência digna.

A Constituição Federal de 1988, ao instituir o Sistema da Seguridade Social, determinou que a função desse Sistema seria assegurar direitos relativos à Previdência, à Saúde e Assistência Social. A Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), por sua vez, é uma norma regulamentadora da Assistência Social, que prevê diversos benefícios e serviços assistenciais.

O Presente trabalho tem por objetivo tratar, de modo geral, da Assistência Social e, de modo específico, da criação da Lei Orgânica de Assistência Social e se hoje são efetivos os benefícios nela previstos. Com a finalidade de realizar esta proposta foi feito uma análise bibliográfica sobre o tema, buscando sempre doutrinadores que apresentavam uma visão diferente sobre o tema.

O presente estudo foi estruturado nas seguintes seções: Na seção 1.1 foi feito uma análise geral sobre a Assistência Social; na seção 1.2 a abordagem se torna mais específica, pois trata dos benefícios e serviços assistenciais previstos na LOAS; na seção 1.3 são analisadas questões referentes a criação da LOAS e a efetividade dos benefícios previstos nessa lei na atualidade.

### **1.1 Aspectos gerais da assistência social**

O Estado Social de Direito tem como função primordial instituir um sistema de proteção social capaz de defender o seu povo contra eventos que podem levá-lo à miséria e à intranquilidade. No Brasil, a Carta Magna de 1988 foi a primeira a instituir o Sistema da Seguridade Social, que é um sistema

tripartite pois, conforme seu art. 194<sup>3</sup> visa assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.<sup>4</sup>

A Seguridade Social, conforme Fabiana Godoy, pode ser conceituada como “[...] um conjunto de princípios, normas e instituições, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”<sup>5</sup>

Destarte, a Seguridade Social deve ser entendida de forma ampla, abrangente, universal, devendo, portanto, assegurar os direitos à saúde, à assistência e à previdência social a todos que dela precisar, bastando para isso que o evento a ser acobertado esteja previsto em lei. Assim, o Estado Social tem o dever de criar uma rede de proteção que seja capaz de proporcionar ao seu povo uma respeitável qualidade de vida.<sup>6</sup>

A Constituição Federal de 1988, ao tratar da Seguridade Social (Título VIII, Capítulo II), se preocupou em regular o funcionamento e a estrutura da proteção social no país. Tendo nas seções II, III e IV, do referido Capítulo, tratado dos seus ramos saúde, previdência e assistência social, respectivamente.<sup>7</sup>

A Assistência Social, no Brasil e em muitos outros países, surgiu antes da previdência, pois, nos estados liberais, a proteção estatal se consubstanciava basicamente por meio de raras medidas assistenciais prestadas aos menos favorecidos, e tais medidas não eram vistas como um direito subjetivo da população, mas sim como liberalidades governamentais. No entanto, com o

<sup>3</sup> Artigo 194: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 14 jun. 2016.

<sup>4</sup> AMADO, Frederico. *Curso de direito e processo previdenciário*. 8. ed. Bahia: JusPODIVM, 2016. p. 27-28.

<sup>5</sup> GODOY, Fabiana Fernandes de. *Manual prático da advocacia previdenciária*, 6. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2015. p. 36.

<sup>6</sup> GOES, Hugo. *Manual de direito previdenciário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2015. p. 14.

<sup>7</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 14 jun. 2016.

surgimento do Estado do Bem-Estar Social, este passou a ter o dever de garantir a proteção da população e, assim, as medidas assistencialistas passaram a ser um direito do povo e um dever do Estado.<sup>8</sup>

Na Constituição Federal de 1988, a Assistência Social encontra-se prevista nos arts. 203 e 204.

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - A proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - O amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - A promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - A habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - A garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - Descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II - Participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Parágrafo único. É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

I - despesas com pessoal e encargos sociais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

<sup>8</sup> AMADO, Frederico. *Curso de Direito e Processo Previdenciário*. 8. ed. Bahia: JusPODIVM, 2016. p. 44.



II - serviço da dívida; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiadas. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003.)<sup>9</sup>

Tendo-se, contudo, a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) como a norma regulamentadora do art. 203, que, por sua vez, é uma norma constitucional de caráter programático e, portanto, apresenta uma eficácia limitada. Dessarte, este segmento da Seguridade Social é regido por lei própria (Lei nº 8.742/93 – LOAS), a qual traz, em seu art. 1º, a definição de Assistência Social.

Art. 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.<sup>10</sup>

Consoante a definição descrita no referido artigo, pode-se dizer que a política de assistência social no Brasil é de caráter não contributivo e que tem a função de suprir as necessidades básicas das pessoas garantindo, assim, que elas tenham uma vida digna.<sup>11</sup> Frederico Amado assegura que a assistência social pode ser definida como,

[...] as medidas públicas (dever estatal) ou privadas a serem prestadas a quem delas precisar, para o atendimento das necessidades humanas essenciais, de índole não contributiva direta, normalmente funcionando como um complemento ao regime de previdência social,

<sup>9</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 14 jun. 2016.

<sup>10</sup> Artigo 22: “Entendem-se por benefícios eventuais as provisões suplementares e provisórias que integram organicamente as garantias do Suas e são prestadas aos cidadãos e às famílias em virtude de nascimento, morte, situações de vulnerabilidade temporária e de calamidade pública. (Redação dada pela Lei no 12.435, de 2011)”. BRASIL. *Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2016.

<sup>11</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 27-28.

quando este não puder ser aplicado ou se mostrar insuficiente para a consecução da dignidade humana.”<sup>12</sup>

Assim, a assistência social tem como objetivo central preencher as lacunas deixadas pelo ramo previdenciário, pois este segmento da seguridade só é extensível a quem contribui para a manutenção do sistema, e aos seus dependentes.<sup>13</sup>

Diante do exposto, é relevante tratar à respeito dos benefícios e serviços assistenciais nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social.

## 1.2 Benefícios e serviços assistenciais

Nos termos do art. 2º da LOAS<sup>14</sup>, os objetivos da assistência social correspondem a proteção a família, à maternidade, à infância, à adolescência e a velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; à promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e a reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária e também a garantia de 1(um) salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Portanto, este

<sup>12</sup> AMADO, Frederico. *Curso de Direito e Processo Previdenciário*. 8. ed. Bahia: JusPODIVM, 2016. p. 44 - 45.

<sup>13</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 13.

<sup>14</sup> Artigo 2º: “A assistência social tem por objetivos: (RedaçõadapelaLeino12.435, de2011) I - a proteção social, que visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, especialmente: (Redação dada pela Lei no 12.435, de 2011). a) a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; (Incluído pela Lei no 12.435, de 2011); b) o amparo às crianças e aos adolescentes carentes; (Incluído pela Lei no 12.435, de 2011); c) a promoção da integração ao mercado de trabalho; (Incluído pela Lei no 12.435, de 2011); d) a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e (Incluído pela Lei no 12.435, de 2011); e) a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família; (Incluído pela Lei no 12.435, de 2011); II - a vigilância socioassistencial, que visa a analisar territorialmente a capacidade protetiva das famílias e nela a ocorrência de vulnerabilidades, de ameaças, de vitimizações e danos; (Redação dada pela Lei no 12.435, de 2011); III - a defesa de direitos, que visa a garantir o pleno acesso aos direitos no conjunto das provisões socioassistenciais. (Redação dada pela Lei no 12.435, de 2011). Parágrafo único. Para o enfrentamento da pobreza, a assistência social realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, garantindo mínimos sociais e provimento de condições para atender contingências sociais e promovendo a universalização dos direitos sociais. (Redação dada pela Lei no 12.435, de 2011)”. BRASIL. Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2016.

ramo da seguridade social tem por objetivos a prestação de serviços e a concessão de benefícios.<sup>15</sup>

Na LOAS, o Capítulo IV, seções I e II foram dedicadas aos benefícios e serviços assistenciais. Sendo que, o principal benefício da assistência social instituído pela LOAS (Lei nº 8.742/93), em seu art. 20<sup>16</sup>, é o benefício da prestação continuada que, corresponde a uma renda mensal de um salário mínimo concedida à pessoa necessitada que, nos termos da lei, corresponde ao idoso, definido como pessoa com 65 anos ou mais (Estatuto do Idoso), ou deficiente, que não têm a capacidade de prover a própria manutenção, ou de tê-la provida por sua família, pois a renda mensal familiar *per capita* é inferior a 1/4 do salário mínimo ( art. 203, V, da CF/88<sup>17</sup> c/c art. 20, § 3º da Lei nº 8.742/93<sup>18</sup>). Assim, os requisitos como renda *per capita*, idade, deficiência são seletivas e excludentes.<sup>19</sup>

Os benefícios eventuais previstos na LOAS, de acordo com a atual redação do art. 22 correspondem as provisões suplementares e provisórias que integram as garantias do SUAS e que são prestadas aos cidadãos e às famílias

<sup>15</sup> KERTZMAN, Ivan. *Curso prático de direito previdenciário*. 14. ed. Bahia: JusPODIVM, 2016. p. 31.

<sup>16</sup> Artigo 20: "O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei no 12.435, de 2011)". BRASIL. *Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2016.

<sup>17</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2016

<sup>18</sup> Artigo 203: "A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II - o amparo às crianças e adolescentes carentes; III - a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei." "Artigo 20, §3º: "Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. (Redação dada pela Lei no 12.435, de 2011)". BRASIL. *Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2016.

<sup>19</sup> GOES, Hugo. *Manual de direito previdenciário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2015. p. 15.

em razão de nascimento, morte, situações de vulnerabilidade temporária e de calamidade pública.<sup>20</sup>

Por sua vez, o art. 23 da LOAS trata dos serviços socioassistenciais, definindo-os como atividades continuadas com a finalidade de melhorar as condições de vida da população através de ações direcionadas a atender necessidades básicas, mas fundamentadas em objetivos, princípios e diretrizes estabelecidos na própria LOAS.<sup>21</sup>

A política de assistência social no Brasil está estruturada por um conjunto de dispositivos legais que visam a implementação e operacionalização dos benefícios e serviços, sendo que na LOAS estão previstas as normas gerais.

Ao se analisar os benefícios e serviços assistenciais previstos na LOAS, verifica-se que a Assistência Social é o segmento da Seguridade Social que tem por finalidade abarcar a parcela da população que não é acobertada pela Previdência Social por não ter renda mínima e, assim, não ter condição de contribuir, sendo, portanto, excluída do rol de beneficiários desse ramo da Seguridade, e que tais benefícios e serviços destinam-se a ofertar condições necessárias para que essa parcela da população também sobreviva de forma digna.

### **1.3 Questões referentes a criação Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS e a efetividade dos benefícios previstos nessa Lei na atualidade.**

Inicialmente é interessante ressaltar que a Constituição Federal de 1988 assume uma importância significativa na Política de Assistência Social no Brasil, apesar de anteriormente ser possível verificar diversas medidas e ações em

<sup>20</sup> Artigo 22: “Entendem-se por benefícios eventuais as provisões suplementares e provisórias que integram organicamente as garantias do Suas e são prestadas aos cidadãos e às famílias em virtude de nascimento, morte, situações de vulnerabilidade temporária e de calamidade pública. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)”. BRASIL. *Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2016.

<sup>21</sup> “Art. 23. Entendem-se por serviços socioassistenciais as atividades continuadas que visem à melhoria de vida da população e cujas ações, voltadas para as necessidades básicas, observem os objetivos, princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)”. BRASIL. *Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2016. Artigo 22:

busca da sua construção. Assim, veio consolidar a noção da Assistência Social como uma política social que aliada as políticas de saúde e de previdência social resultaram na formação do sistema de seguridade social. Ademais, é válido mencionar que ainda nesse período foram organizados encontros regionais no país para tratar da LOAS, que foi sancionada em 7 de dezembro de 1993.<sup>22</sup>

[...] a Constituição e depois a Lei Orgânica da Assistência Social criam para a assistência social uma nova matriz – eu tenho chamado assim – que permite a passagem da assistência social para um campo novo, o campo do direito, o campo da universalização dos acessos, da responsabilidade do Estado perante as questões da pobreza e da exclusão, o campo da política pública. É um trânsito difícil: o trânsito das práticas de benemerência, filantrópicas, assistencialistas, para o campo das políticas públicas. [...] Esta lei inova e a Constituição também inova ao afirmar para assistência social um caráter não contributivo, pois ela é uma política pública não contributiva. Inova ainda ao afirmar a necessária integração das políticas sociais na resposta às necessidades dessa população. Ela inova com a participação da população no controle social, na gestão e na execução dessa política, ela desmonta um antigo Conselho Nacional de Serviço Social[...] E, como uma política pública ela passa a ser um espaço de defesa e atenção dos interesses e necessidades sobretudo dos segmentos mais empobrecidos da sociedade, aquela população que vive em extremas condições de pobreza e exclusão[...].<sup>23</sup>

Nesse sentido, a Assistência Social não surgiu com a CF e com a LOAS, sendo também fomentada pela prática social, assim, ambas lhe conferiram o status de política social e o seu direcionando à área dos direitos, da universalização dos acessos e da responsabilidade estatal. Ademais, é interessante mencionar que em 2004 foi aprovada a nova Política Nacional de Assistência Social com base no Sistema Único de Assistência Social – SUAS e em 2005, foi editada a Norma Operacional Básica para nortear sua implantação. Assim, são considerados instrumentos de regulação da Política de Assistência

<sup>22</sup> LONARDONI, Eiana et al. *O processo de afirmação da assistência social como política social*. Disponível em: <[http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c-v8n2\\_sonia.htm](http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c-v8n2_sonia.htm)>. Acesso em: 09 jun. 2016.

<sup>23</sup> YAZBEK, Maria Carmelita. Tendências da política de assistência social. Mesa Redonda Assistência e Previdência: Caminhos e tendências no XX Ciclo de Debates do Serviço Social do Hospital das Clínicas da UNICAMP. *Serviço Social e Saúde*, Campinas, v. 3, n. 3, p. 1-94, maio 2004. Disponível em: <[www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?down=43706](http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?down=43706)> Acesso em: 09 jun. 2016.

Social no país: a CF, a LOAS, a Política Nacional de Assistência Social e a Norma Operacional Básica/ SUAS.<sup>24</sup>

Contudo o processo de afirmação da Assistência Social no âmbito da política social, evidencia que as inovações legais previstas nos referidos instrumentos, incluindo a LOAS, isoladamente não possibilitam de pronto a modificação do legado das práticas de Assistência Social fundamentadas na ajuda, na filantropia e no clientelismo. As mudanças nesse sentido, dependem da movimentação entre os responsáveis pela gestão da Política de Assistência Social, além do contexto econômico e político e de movimentos de pressão e negociação permanentes. No contexto atual é relevante verificar os fatores que interferem na sua efetividade, pois não é plena a relação entre direitos garantidos pela CF e a sua efetiva afirmação.<sup>25</sup>

Diante do exposto, torna-se relevante analisar a problemática da efetividade dos benefícios assistenciais previstos na LOAS, bem como sua relação no âmbito das políticas públicas voltadas à Assistência Social.

No que tange ao alcance dos benefícios assistenciais previstos na LOAS, verifica-se que existe dificuldade significativa, especialmente em decorrência do caráter não contributivo, que exige do titular a comprovação de determinados requisitos para o alcance desses benefícios. De outro modo, a demora na efetividade das políticas públicas representou uma dificuldade à sua concessão, pois apesar da CF de 88 tratar da Assistência Social e inclusive independentemente do fator contribuição, somente alguns anos após essa previsão os referidos direitos foram efetivados especialmente com implantação da LOAS em 1993. Ademais, tem-se a questão da seletividade, uma vez que para

---

<sup>24</sup> LONARDONI, Eiana et al. *O processo de afirmação da assistência social como política social*. Disponível em: <[http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c-v8n2\\_sonia.htm](http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c-v8n2_sonia.htm)>. Acesso em: 09 jun. 2016.

<sup>25</sup> LONARDONI, Eiana et al. *O processo de afirmação da assistência social como política social*. Disponível em: <[http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c-v8n2\\_sonia.htm](http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c-v8n2_sonia.htm)>. Acesso em: 09 jun. 2016.

o cidadão auferir os benefícios previstos na LOAS depara-se com diversas regras, que complicam a concessão dos mesmos.<sup>26</sup>

Para Gisele Silva, o programa LOAS é assistencialista, uma vez que não apresenta perspectivas para encerrar e realiza a transferência direta de renda. Ademais, o INSS atua como uma via de mão dupla ao proteger o segurado que contribuiu, bem como, o cidadão que nunca contribuiu, que poderá receber o benefício o previsto na LOAS, comprometendo a ideia de contraprestação pela transferência de renda independente de contribuição. Diante disso, seja por apresentar-se como política pública, assistencialismo ou empregados em prol de fins eleitorais, importa que determinados benefícios foram efetivados e estão relacionados aos programas de erradicação da pobreza e visam dar eficácia ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.<sup>27</sup>

A lei 8742 LOAS, trouxe em seu bojo normativo, direitos que jamais havia, de forma tão particular, protegido aos cidadãos incapacitados para seu auto sustento. Proteger-se o idoso, e o deficiente, talvez tenham sido, o primeiro mecanismo real de garantia digna de vida a estes cidadãos fragilizados socialmente. Apesar de ter sido uma grande conquista não se pode deixar de trazer à colação a grande dificuldade que o cidadão possui em gozar de tais direitos.<sup>28</sup>

A questão da efetividade da previdência e da Assistência Social apresenta entraves políticos que devem ser identificados e necessita da proposição de facilitadores, que favoreçam os destinatários dessas políticas públicas, exigindo uma maior articulação de atividades entre as esferas de governo. Nesse sentido, os problemas da efetividade decorrem de determinados fatores, especialmente:

<sup>26</sup> OLIVEIRA, Luciana Ramos de. *A previdência social brasileira e o LOAS como políticas públicas: a questão da sua efetividade*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9799](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9799)>. Acesso em: 14 jun. 2016.

<sup>27</sup> SILVA, Gisele Cristine Brum. *Benefício de prestação continuada (LOAS) e bolsa família como forma de concretização da dignidade da pessoa humana*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <[http://tede.pucrs.br/tde\\_arquivos/8/TDE-2012-07-3\\_0\\_T\\_1\\_4\\_4\\_6\\_1\\_5\\_Z-4028/Publico/440216.pdf](http://tede.pucrs.br/tde_arquivos/8/TDE-2012-07-3_0_T_1_4_4_6_1_5_Z-4028/Publico/440216.pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2016.

<sup>28</sup> OLIVEIRA, Luciana Ramos de. *A previdência social brasileira e o LOAS como políticas públicas: a questão da sua efetividade*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9799](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9799)>. Acesso em: 14 jun. 2016.

da natureza do desenvolvimento econômico e social, decorrendo no aumento de desigualdades sociais e regionais, diminuição da participação dos cidadãos e o aumento dos índices de violência; e a baixa relevância dos investimentos federais na área social em prol da segurança e da justiça.<sup>29</sup>

Nesse sentido, merece análise o artigo 1º da LOAS, decorrente da menção aos denominados mínimos sociais.<sup>30</sup> Pois sugere uma dupla e diferenciada identificação: com a provisão de bens, serviços e direitos; e com as necessidades a serem providas. O dispositivo inicialmente relaciona os mínimos a questão da provisão, em seguida trata do básico ao dispor sobre o atendimento de necessidades básicas, permitindo interpretar que são termos equivalentes ou de implicação simultânea. Ademais, são identificados de forma semântica e equiparados no plano político-decisório, mas é incoerente, dada a existência de diferenças conceituais e no âmbito político-estratégico.<sup>31</sup>

Mínimo e básico são, na verdade, conceitos distintos, pois enquanto o primeiro tem a conotação de menor, de menos, em sua acepção mais ínfima, identificada com patamares de satisfação que beiram a desproteção social, o segundo não. O básico expressa algo fundamental, primordial, que serve de base de sustentação indispensável e fecunda ao que a ela se acrescenta. Por conseguinte, a nosso ver, o básico que na LOAS qualifica as necessidades a serem satisfeitas (necessidades básicas) constitui o pré-requisito ou as condições prévias suficientes para o exercício da cidadania em acepção mais larga. Assim, enquanto o mínimo pressupõe a supressão ou cortes de atendimentos, tal como propõe a ideologia liberal, o básico requer investimentos sociais de qualidade para preparar o terreno a partir do qual maiores atendimentos podem ser prestados e otimizados. [...] <sup>32</sup>

<sup>29</sup> OLIVEIRA, Luciana Ramos de. *A previdência social brasileira e o LOAS como políticas públicas: a questão da sua efetividade*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9799](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9799)>. Acesso em: 14 jun. 2016.

<sup>30</sup> Art. 1º: "A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas." BRASIL. *Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2016.

<sup>31</sup> PEREIRA, Potyara A. P. *Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 25-26.

<sup>32</sup> PEREIRA, Potyara A. P. *Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 26-27.



Logo, os termos são assimétricos e sem compatibilidades empírica, conceitual e política, mas, para ocorrer compatibilidade, a provisão social prevista na lei ao invés de mínima deve tornar-se básica ou ser requisito para otimização da satisfação de necessidades. Assim, favorecerá os direitos fundamentais, que são concretizados através de políticas sociais, sendo que a falta de serviços sociais básicos inviabiliza a geração de cidadãos ativos que é preconizado na LOAS. Deve-se reavaliar o sentido dos referidos termos, que devem ser norteados por uma atuação política, e não apenas pela Assistência Social, incluindo a otimização das provisões básicas e o seu tratamento como uma política em movimento.<sup>33</sup>

A existência de políticas públicas é de fundamental importância para uma sociedade organizada. O Estado possui o dever de desenvolver políticas que venham a atender as necessidades da sociedade. No caso vertente nos defrontamos com a existência de normas legais que amparam a estas necessidades sociais, porém o acesso as mesmas se tornam muitas das vezes inviável face à burocracia e a dificuldade que o cidadão possui em fazer valer seus direitos nos moldes pré-estabelecidos por lei, o que acaba por inviabilizar o acesso ao direito em questão. [...]Os entraves existentes a garantia da efetividade das políticas públicas, como visto, vão desde à falta de conscientização dos cidadãos, até a burocratização do processo de concessão, o que traz à sociedade como um todo prejuízo grave, e de difícil reparação[...]<sup>34</sup>

Diante do exposto é possível afirmar que a CF, bem como a LOAS proporcionaram a consolidação da Assistência Social no âmbito das políticas públicas, com a respectiva responsabilização do Estado perante questões que atingem os cidadãos mais necessitados e a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto, quanto ao acesso aos benefícios assistenciais previstos na LOAS verifica-se que existem dificuldades para tanto, especialmente em razão de os fatores como caráter não contributivo, a demora

<sup>33</sup> PEREIRA, Potyara A. P. *Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 27.

<sup>34</sup> OLIVEIRA, Luciana Ramos de. *A previdência social brasileira e o LOAS como políticas públicas: a questão da sua efetividade*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9799](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9799)>. Acesso em: 14 jun. 2016.

na efetividade das políticas públicas devido a criação tardia da LOAS após a promulgação da CF; e a seletividade ao impor diversas regras a sua concessão.

Nesse contexto, ainda se torna relevante considerar a ideia da provisão social básica em face dos chamados mínimos sociais, prevista no artigo 1º da LOAS, em prol de maior otimização de serviços sociais e a consequente efetivação de direitos fundamentais. Ademais, para a efetividade da Assistência Social deve ser valorizada a participação política envolvendo os entes da federação visando a concretização desses direitos previstos constitucionalmente.

## 2 CONCLUSÃO

A pesquisa possibilitou verificar que a Política de Assistência Social do país é fundamentada no sentido de garantir meios necessários para suprir as necessidades básicas dos cidadãos que não apresentam condições de manter uma existência digna. Nesse sentido, a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), insere-se como uma norma regulamentadora da Assistência Social.

De outro modo, a Constituição Federal e a LOAS proporcionaram a afirmação da Assistência Social no contexto das políticas públicas, atribuindo essa responsabilidade primordialmente para o Estado, e inclusive e o favorecimento do princípio da dignidade da pessoa humana.

Quanto a efetividade da LOAS, verifica-se que no âmbito pertinente ao acesso dos benefícios assistenciais previstos pela mesma existem dificuldades, especialmente em decorrência do caráter não contributivo ao exigir a comprovação de requisitos, da demora na criação da LOAS e na consequente efetividade das políticas públicas, bem como, a seletividade ao impor regras à concessão desses benefícios.

Contudo, também é relevante considerar a ideia da provisão social básica em face dos denominados mínimos sociais, que estão previstos no artigo 1º da LOAS, no sentido de estabelecer uma maior otimização de serviços sociais e a consequente efetivação de direitos fundamentais. Ademais, a efetividade da

Política de Assistência Social depende de maneira significativa da valorização da atuação política e harmônica de todos os entes da federação. Dessa maneira, enfatiza a participação do Estado na elaboração e na efetivação de políticas públicas conforme anunciado pela Constituição Federal e pela LOAS.

## REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 8. ed. Bahia: JusPODIVM, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html)>. Acesso em: 2 jul. 2016.

BRASIL. **Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2016.

GODOY, Fabiana Fernandes de. **Manual prático da advocacia previdenciária**. 6. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2015.

GOES, Hugo. **Manual de direito previdenciário**. 10. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2015.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 14. ed. Bahia: JusPODIVM, 2016.

LONARDONI, Eiana et al. **O processo de afirmação da assistência social como política social**. Disponível em: <[http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c-v8n2\\_sonia.htm](http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c-v8n2_sonia.htm)>. Acesso em: 09 jun. 2016.

OLIVEIRA, Luciana Ramos de. **A previdência social brasileira e o LOAS como políticas públicas: a questão da sua efetividade**. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9799](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9799)>. Acesso em: 14 jun. 2016.

PEREIRA, Potyara A. P. **Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SILVA, Gisele Cristine Brum. **Benefício de prestação continuada (LOAS) e bolsa família como forma de concretização da dignidade da pessoa humana**.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <[http://tede.pucrs.br/tde\\_arquivos/8/TDE-2012-07-30T144615Z-4028/Publico/440216.pdf](http://tede.pucrs.br/tde_arquivos/8/TDE-2012-07-30T144615Z-4028/Publico/440216.pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2016.

YAZBEK, Maria Carmelita. Tendências da política de assistência social. Mesa redonda assistência e previdência: caminhos e tendências no XX Ciclo de Debates do Serviço Social do Hospital das Clínicas da UNICAMP. **Serviço Social e Saúde**, Campinas, v. 3, n. 3, p. 1-94, maio 2004. Disponível em: <[www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?down=43706](http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?down=43706)> Acesso em: 09 jun. 2016.